МБ
Г 43
г. С-Петербург
1912

Проф. В. М. Гессенъ

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ.

ИЗДАНІЕ
КАССЫ ВЗАИМОПОМОЩИ
СТУДЕНТОВЪ
СПБ. ПОЛИТЕХНИЧЕСКАГО ИНСТИТУТА
ИМПЕРАТОРА
ПЕТРА ВЕЛИКАГО.

Изданіе Кассы Взаимопомощи Студентовъ СПБ. Политехническаго Института Императора Петра Великаго.

МБ
Г43

Проф. В. М. Гессенъ.

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ.

Лекціи, читанныя въ С.-Петербургскомъ Политехническомъ Институтѣ.

Объединенная Библиотека М. и К. 145871

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типо-Литографія И. Трофимова, Можайская ул., д. № 3.
1912

Глава первая.

ИСТОРІЯ НАУКИ ГОСУДАРСТВЕННАГО ПРАВА.

Говоря объ исторіи науки государственнаго права, необходимо имѣть въ виду самостоятельный ходъ развитія науки положительнаго права и науки общаго государственнаго права. Разумѣется, между той и другой наукой всегда существовала болѣе или менѣе тѣсная связь, и состояніе каждой изъ нихъ оказывало вліяніе на состояніе другой. Тѣмъ не менѣе, только параллельное изученіе ихъ исторической эволюціи можетъ въ достаточной мѣрѣ выяснить то мѣсто, которое онѣ въ настоящее время занимаютъ въ циклѣ юридическихъ наукъ.

I ЗАРОЖДЕНІЕ СОВРЕМЕННОЙ НАУКИ ОБЩАГО ГОСУДАРСТВЕННАГО ПРАВА; ЕЯ РАЗВИТІЕ ВЪ ГЕРМАНСКОЙ ЛИТЕРАТУРѢ.

§1.

На развалинахъ "безгосударственнаго средневѣковья" новое время создаетъ новое государство. Исторія ставитъ государственной наукѣ XVI–XVIII вв. практическую, а не теоретическую, - творческую, а не познавательную задачу. Наука должна с о з д а т ь теорію новаго государства; она должна у с т а н о в и т ь право на самостоятельное существованіе отдѣльныхъ территорій, неза -

---

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ" Проф. В. М. Гессена.
Изданіе Кассы Взаимопомощи студ. СПБ.-скаго Политехн. Инст.
Типо-литографія И. Трофимова. Мохайская 3.
1.-1.

висимость территоріальнаго государства отъ Имперіи и Папства, превосходство (superioritas) государственной власти надъ властью феодальныхъ бароновъ и феодальныхъ общинъ.

Впервые наука отливаетъ ту форму абсолютной монархіи, которую жизнь постепенно наполняетъ конкретнымъ содержаніемъ. Учеными юристами (легистами) дается теоретическое обоснованіе наступательной политикѣ растущаго абсолютизма; теорія королевскаго суверенитета является побѣдоноснымъ оружіемъ, которымъ пользуется абсолютизмъ въ борьбѣ за монополизацію публично - правовой власти въ своихъ рукахъ .

Разложеніе феодальнаго строя въ связи съ обособленіемъ государства отъ церкви усложняетъ задачи государственнаго управленія. Разнообразныя функціи управленія, осуществляемыя въ теченіе среднихъ вѣковъ церковью, городскими общинами и феслалами, отнынѣ переходятъ на государство. Государственная наука указываетъ государству его новыя задачи, намѣчаетъ пути и изыскиваетъ средства для ихъ разрѣшенія. Опредѣляя содержаніе и объемъ, такъ называемыхъ, "правъ верховенства", наука тѣмъ самымъ опредѣляетъ содержаніе и объемъ правительственной дѣятельности новаго государства.

Историческими потребностями эпохи опредѣляется характеръ науки. Государственная наука новаго времени является, прежде всего, практической (политической) наукой. Ея первой задачей является не изученіе того, что есть, а уясненіе того, что д о л ж н о б ы т ь. Чѣмъ должно быть государство и что государство должно дѣлать, - таковы тѣ вопросы, которые повсемѣстно, въ эпоху XVI - XVIII вв., занимаютъ и волнуетъ публицистическую мысль. И даже въ тѣхъ случаяхъ, когда государственная наука, п о в и д и м о м у, изображаетъ существующее государство, - въ дѣйствительности, подъ видомъ существующаго, она изображаетъ государство, долженствующее существовать.

Стремясь къ одной и той же цѣли, - къ созданію новаго государства, - наука о государствѣ, подобно наукѣ о правѣ, съ самаго начала идетъ къ этой цѣли двумя, далеко расходящимися путями, распадается на двѣ, другъ отъ друга рѣзко отличныхъ, школы : первую можно назвать философскою, вторую - эмпирической или позитивной.[1])

Философское ученіе о государствѣ дается теоріей естествен -

---

[1]) *Объ аналогичномъ явленіи въ наукѣ права см. м о ю ст.: „ О*

наго права. "Политика" является эмпирической, или позитивной наукой о государствѣ.

Остановимся сначала на ученіи о государствѣ естественно-правовыхъ теорій.

Подобно положительному праву, "положительное", существующее въ пространствѣ и времени, государство разсматривается теоріей естественнаго права, какъ явленіе, обязанное своимъ бытіемъ историческимъ случайностямъ и человѣческому произволу. Независимо отъ исторически - даннаго государства, существуетъ - внѣ пространства и времени - другое, "естественное государство", выводимое съ логической необходимостью изъ того или иного, дан - наго a priori, абсолютнаго принципа. Такимъ принципомъ - принципомъ, ex quo continuo ratiocinationis filo omnia deducuntur - теоріи естественнаго права признаютъ человѣческую природу, или точнѣе опредѣленное, логически первоначальное свойство этой природы, essentia hominis, по выраженію В о л ь ф а: Общежительный инстинктъ (appetitus societatis) у Г у г о Г р о п і я, страхъ у Г о б б с а, любовь у Т о м а з і я и т.под. Изъ этого принципа выводится государство. Исходный моментъ дедукціи - естественное состояніе, сосуществованіе библейскихъ "Адамовъ", изолированныхъ естественныхъ людей[1].

Характеристика естественнаго состоянія въ различныхъ философскихъ системахъ различна, - въ зависимости отъ ихъ воззрѣній на первоначальное свойство человѣка. Для однихъ естественный человѣкъ - Адамъ до грѣхопаденія, благородный дикарь Р у с с о; естественное состояніе - блаженная жизнь въ первобытномъ раю. Для другихъ естественный человѣкъ - Адамъ послѣ грѣхопаденія, дикое и жадное животное Г о б б с а; естественное состояніе - война всѣхъ противъ всѣхъ (bellum omnium contra omnes).

Путемъ свободнаго волеизъявленія, путемъ д о г о в о р а естественные люди изъ естественнаго состоянія переходятъ въ состояніе государственное. Государство создается договоромъ: сна-

---

наукъ права" въ сборникѣ подъ редакціей проф. К а р ѣ е в а: "Введеніе въ изученіе соціальныхъ наукъ", стр. 121 и сл.

[1]) *Срв.* J e l l i n e k, Adam in der Staatslehre, *стр. 14;* "Alle welche vor und nach innen (Sidney und Locke) den Staat im Allgemeinen und den besten Staat im Besonderen auf dem

чала общественный договоръ (pactum unionis), создающій организованное общежитіе; затѣмъ договоръ подчиненія (pactum subjectionis), создающій государственную власть.

Въ зависимости отъ той или иной характеристики естественнаго состоянія различными философскими системами различно опредѣляется, какъ причина вступленія въ общественный договоръ, такъ и самое содержаніе договора.

Содержаніемъ договора опредѣляется природа государства. И если для однихъ, - напримѣръ, для Гоббса или Руссо - государство является необходимымъ и безусловнымъ отрицаніемъ индивидуальной свободы, то для другихъ, - напримѣръ, для Локка - оно является ея обороной и щитомъ.

На одной и той же почвѣ - на почвѣ договорной теоріи естественнаго права возникаютъ, такимъ образомъ, существенно различныя, взаимно - исключающія другъ друга, концепціи государства, - начиная съ государства - Левіафана, пожирающаго индивидуальную свободу, и кончая государствомъ - „ночнымъ сторожемъ", оберегающимъ эту свободу отъ „ночныхъ воровъ"; начиная съ абсолютно - монархическаго государства, въ которомъ народъ безправенъ, и кончая народнымъ государствомъ, въ которомъ безправенъ монархъ. И не смотря на такое разнообразіе, каждая естественно-правовая система считаетъ с в о е государство естественнымъ - единственно - необходимымъ и единственно - разумнымъ - государствомъ. Само собой разумѣется, что объ единой естественно - правовой доктринѣ государственнаго права при такихъ условіяхъ не можетъ быть и рѣчи. Философія естественнаго права является родникомъ, изъ котораго берутъ начало двѣ - чѣмъ дальше, тѣмъ больше расходящихся - рѣки, - теорія государственнаго права абсолютной монархіи и теорія конституціоннаго государственнаго права.

И та и другая теорія характеризуются, однако, поскольку онѣ остаются теоріями естественнаго права, однимъ и единымъ признакомъ: онѣ являются теоріями политики, а не догматики права, - теоріями государства, - какимъ оно должно быть.

Именно, съ разсматриваемой точки зрѣнія, весьма поучительно

Wege naturrechtlicher Deduktion konstruiren wollten, verwenden den Adam - bewusst oder unbewusst - als Grundlage ihrer Untersuchungen

прослѣдить историчекую эволюцію теорій естественнаго права.

Далеко не сразу естественно-правовая доктрина сознаетъ свой исключительно политическій характеръ. Для философствующихъ теологовъ средневѣковья естественное право божественнаго происхожденія является д ѣ й с т в у ю щ и м ъ, въ самомъ безусловномъ смыслѣ этого слова; положительное право, поскольку оно противорѣчитъ божественному - не право. Блаженный Августинъ спрашиваетъ: "Если проконсулъ требуетъ одного, императоръ другого, можно ли сомнѣваться, чье требованіе должно быть исполнено? И точно также, какъ разсудить, если одного требуетъ императоръ, другого Богъ? Плати дань; будь въ послушаніи. Правильно; но не въ идолопоклонствѣ. Быть въ идолопоклонствѣ воспрещено. Кѣмъ воспрещено? - высшей властью" [1]).

Наоборотъ, уже Г у г о Г р о ц і й, первый теоретикъ раціоналистическаго естественнаго права, допускаетъ - правда, въ очень узкихъ границахъ, - д ѣ й с т в і е положительнаго права, хотя бы и не совпадающаго съ естественнымъ.[2])

Гораздо дальше Гроція идетъ въ этомъ отношеніи П у ф ф е н д о р ф ъ. Естественное право, съ его точки зрѣнія, превосходитъ положительное не своей внѣшней, а своей внутренней силой. Положительное право д ѣ й с т в у е т ъ, независимо отъ того, согласно оно, или не согласно съ естественнымъ; и наоборотъ, естественные законы только въ томъ случаѣ обязательны для подан - ныхъ, если они п о з и т и в и р у ю т с я, пріобрѣтаютъ силу положительнаго права. Изъ естественнаго права П у ф ф е н - д о р ф ъ выводитъ лишь морально-политическую обязанность законодателя приспособлять къ нему, въ предѣлахъ возможнаго, положительное право; его естественное право, такимъ образомъ, есть ни что иное, какъ "законодательная наука", - политика права въ современномъ смыслѣ этого слова.

Какъ д ѣ й с т в у ю щ е е, т.е. внѣшне-обязательное право, естественное право сохраняетъ лишь значеніе с у б с и д і а р н а г о источника права, призваннаго къ восполненію п р о-

---

[1]) *Цитируется у* R e h m. "Geschichte der Staatsrechtswissenschaft", *стр. 158; прим. 3.*

[2]) De jure belli ac pacis .I.II *cap.* III §5. Lex enim civilis quam nihil potest praecipere quod jus naturale prohibet, aut pro-

б ѣ л о в ъ законодательства [1] .

За немногими исключеніями такое воззрѣніе на значеніе и природу естественнаго права является безусловно господствующимъ и въ позднѣйшей - по крайней мѣрѣ, германской - доктринѣ.

И, если отдѣльные, болѣе выдающіеся фолософы - Т о м а з і й, отчасти В о л ь ф ъ - отстаиваютъ еще нѣкоторую - хотя и далеко не безусловную - внѣшнюю супрематію естественнаго права, то общее направленіе школы естественнаго права - отказывается вовсе отъ соперничества съ положительнымъ правомъ.

Такимъ образомъ, теорія естественнаго права, вообще, и теорія государственнаго права естественно-правовой доктрины, въ частности, все болѣе и болѣе сознаютъ себя теоріями раціоналистической политики права [2] .

Переходимъ къ разсмотрѣнію позитивнаго направленія въ наукѣ государственнаго права.

Необходимо замѣтить, что, по самой своей природѣ, позитивное направленіе занимается преимущественно вопросами положительнаго, а не общаго государственнаго права; ниже мы познакомимся съ публицистической догматикой XVI-XVIII вв., говоря объ исторіи науки положительнаго государственнаго права.

Однако, начиная съ эпохи Возрожденія, и наука общаго государственнаго права разрабатывается не только доктриной естественнаго права, но и позитивнымъ ученіемъ о государствѣ, - "П о л и т и к о й", въ классическомъ смыслѣ этого слова. Подъ сильнымъ вліяніемъ политическихъ сочиненій П л а т о н а и, въ особенности, А р и с т о т е л я, въ началѣ XVI в. возрождается наука "Политики", - въ смыслѣ энциклопедической науки о государствѣ. "Политика" изучаетъ государство со всѣхъ его сторонъ, во всей полнотѣ его организаціи и функцій. „Политика"-анатомія и физіологія, патологія и терапія государства. Ея цѣль - полное и всестороннее знаніе государства. Преимущественно, однако, „Политика" является ученіемъ о государственномъ искусствѣ,

---

hibere quod praecipit, potest tamen lebertatem naturalem circumscribere et vetare quod naturaliter lecebat.

[1]) De jere naturae et gentium; VIII *cap I* §1 .

[2]) О Feder'*ѣ и естественномъ правѣ его эпохи, см.* Stintzing-Landsberg. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III, *стр.* 455 *и сл.*

о способахъ управленія, соотвѣтствующихъ интересамъ государства (Staatsklugheit, prudentia civilis, ratio status).

Первой „Политикой" въ Аристотелевскомъ смыслѣ является извѣстное разсужденіе "О князѣ" М а к к і а в е л л и, появившееся впервые въ печати въ 1532 г.; слѣдующей - знаменитый трактатъ Б о д е н а: "Les six livres de la republique" (1577 г.; латинскій, исправленный самимъ авторомъ переводъ 1584). Въ германской литературѣ XVI и XVIIвв. мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ произведеній того же типа: "Doctrina politica in genuinam methodum quae est Aristotelis redacta" Arnisaeus'a (1606), "Regentenbuch" Lauterbeck'a (1566), и мн. др. Значительно позднѣе " Шести книгъ" Бодена - уже въ XVIII вѣкѣ появляется наиболѣе замѣчательная "Политика" - „Духъ законовъ" М о н т е с к ь е.

Съ методологической точки зрѣнія, отличіе "Политики" отъ науки государственнаго права естественно - правовой доктрины заключается въ позитивномъ характерѣ первой и раціоналистическомъ - второй. Источникомъ государственной мудрости М а к к і а в е л л и является, по собственному его признанію, продолжительный опытъ въ теченіе новаго времени и неустанное чтеніе о старыхъ временахъ[1]) М а к к і а в е л л и пишетъ съ натуры; въ его произведеніяхъ, какъ въ зеркалѣ, отражается современная ему безнравственная и жестокая дѣйствительность. - "Я изображаю истину, говоритъ Макіавелли, такой, какою я нахожу ее въ дѣйствительности; я не хочу слѣдовать за воображеніемъ писателей, измышляющихъ республики и княженья, какихъ никогда и никто не видѣлъ; ибо большое существуетъ различіе между тѣмъ, что есть и тѣмъ, что должно быть[2]). Для М а к к і а в е л л и политика - экспериментальная наука, почерпающая свои знанія изъ опыта и исторіи.

И точно также Б о д е н ъ категорически подчеркиваетъ позитивный характеръ своего трактата: „Nec tamen rempublicam idearum sola ratione terminare decrevimus, qualem Plato qualem etiam Thomas Maurus inani opinione sibi finxerunt, sed optimas quasque civitatum florentissimarum leges quantum quidem fieri po-

---

[1]) *„О князѣ", введеніе.*

[2]) *„О князѣ", гл. 15.*

terit proxime consequemur" [1]).

Что касается Монтескье, то, какъ извѣстно и теперь онъ многими считается творцомъ сравнительнаго метода въ приложеніи его къ изученію политики и права; въ области политической науки Монтескье занимаетъ приблизительно то же мѣсто, какое Бэконъ занимаетъ въ области естествознанья. Въ своемъ „Духѣ законовъ" онъ слѣдующимъ образомъ характеризуетъ тотъ методъ, которымъ написана его книга: „Я началъ съ наблюденія людей и нашелъ, что въ безконечномъ разнообразіи своихъ законовъ и обычаевъ они руководствуются не исключительно своей фантазіей. Я установилъ общія начала и увидѣлъ, что отдѣльные случаи находятся въ естественномъ подчиненіи у нихъ, что историческія судьбы народовъ являются какъ бы слѣдствіемъ этихъ началъ и каждый отдѣльный законъ находится въ связи съ другимъ закономъ, или проистекаетъ изъ какого - либо общаго закона.... Я много разъ начиналъ и часто бросалъ работу. Я изслѣдовалъ мой предметъ, не составивъ себѣ плана; я не зналъ ни правилъ, ни исключеній; но когда я открылъ мои общія начала, все, что я искалъ, предстало предо мной"[2]). Какая непроходимая пропасть между тѣми "общими началами", къ которымъ восходитъ М о н т е с к ь е, и тѣми, отъ которыхъ отправляется естественно-правовая доктрина!

Конечно, и "Политика" отдаетъ свою дань вѣку: и на ней отражается вліяніе господствующихъ теорій естественнаго права. Уже Б о д е н ъ, признавая суверена свободнымъ отъ подчиненія положительнымъ законамъ (legibus solutus), подчиняетъ его, однако, божественному и естественному закону. И точно также М о н т е с к ь е, излагая различныя категоріи законовъ, управляющихъ человѣкомъ и обществомъ, на первое мѣсто, еще выше божественнаго, ставитъ естественный законъ[3]).

Тѣмъ не менѣе, вліяніе доктрины естественнаго права на науку „Политики" оставалось всегда совершенно поверхностнымъ...

Не путемъ логической дедукціи изъ апріорнаго принципа, подобно Г о б б с у, а путемъ наблюденія и опыта строитъ Б о д е нъ свою теорію королевскаго суверенитета. Опредѣляя суверенитетъ

---

[1]) De republica libri sex, I. 1.

[2]) De l'esprit des lois, preface.

[3]) De l'esprit des lois *кн.* XXVI, *гл.* 1.

какъ абсолютную власть (habet majestatem qui post Deum immor - talem se ipso majorem videt neminem); выводя изъ понятія суверенитета совокупность, такъ называемыхъ, "правъ верховенства" (propria jura majestatis), необходимо присущихъ верховной власти, - Б о д е н ъ считается, прежде всего, съ окружающими его условіями политической жизни. Теорія королевскаго суверенитета является теоретической формулировкой политическихъ притязаній французской королевской власти. Опираясь на эту теорію, фран - цузскіе короли, въ борьбѣ съ феодализмомъ, стремятся сосредо - точить всѣ функціи власти въ своихъ рукахъ.

Позитивнымъ характеромъ теоріи Б о д е н а объясняется крайняя ея непопулярность въ современной Б о д е н у германской публицистикѣ. Соотвѣтствуя природѣ простого и единаго, и при - томъ абсолютно - монархическаго государства, теорія Б о д е - н а не соотвѣтсвуетъ федеративному устройству Германіи, до - пускающему дробленіе, такъ называемыхъ, правъ верховенства между высшей имперской и мѣстными территоріальными властями. Ву - дучи, подобно Бодену, позитивистами, германскіе публицисты разсматриваемой эпохи, Paurmeister, Arumaeus и др., создаютъ свое понятіе суверенитета, допускающее не только ограниченность власти правомъ, но и дѣлимость правъ верховенства, - понятіе суверенитета, какъ совокупности отдѣльныхъ верховныхъ правъ, основанныхъ на различныхъ титулахъ и встрѣчающихся въ дѣйствительности въ самыхъ разнообразныхъ комбинаціяхъ.

Еще болѣе поверхностно вліяніе естественно - правовой докт - рины на политическія произведенія Монтескье. Основная идея этихъ произведеній заключается, именно, въ томъ, что положительное право, создаваемое совокупностью естественно-историческихъ вліяній, - климатическими и географическими условіями страны, племенными особенностями населенія, его вѣрованіями и потребно - стями, характеромъ и формой правленія, - положительное право является единственно-возможнымъ и единственно-необходимымъ правомъ. Оцѣнивая государственное устройство какой - либо страны, М о н т е с к ь е сопоставляетъ его съ государственнымъ устройствомъ, болѣе совершеннымъ, другой страны. Не путемъ дедукціи изъ того или иного апріорнаго принципа, а путемъ изученія - весьма, впрочемъ, несовершеннаго - государственнаго устройства современной ему Англіи, М о н т е с к ь е создаетъ свою знаменитую теорію раздѣленія властей.

Будучи позитивной наукой по своему методу, „Политика", какъ уже указано выше, по своему содержанію, является энциклопедической наукой о государствѣ. Поскольку она изучаетъ государство съ теоретической точки зрѣнія, т.е. государство, какъ оно есть, - она является чистой наукой, - соціальнымъ ученіемъ о государствѣ. Поскольку она изучаетъ государство съ практической точки зрѣнія, т.е. государство, какъ оно должно быть, - она является прикладной государственной наукой, - ученіемъ о государственномъ искусствѣ, - о наиболѣе совершенномъ устройствѣ и наиболѣе цѣлесообразной дѣятельности государства.

Во всѣхъ безъ исключенія „Политикахъ" мы встрѣчаемся и съ той и съ другой - и съ теоретической и съ практической - точками зрѣнія; причемъ, въ зависимости отъ времени и мѣста, отъ индивидуальности автора, въ одной "Политикѣ", напримѣръ, у М а к к і а в е л л и - преобладаетъ политическій, въ другой - напримѣръ, у М о н т е с к ь е - теоретическій элементъ.

Какъ теоретическая наука, какъ соціальное ученіе о государствѣ, „Политика", всесторонне изучая государство, м е ж д у п р о ч и м ъ, изучаетъ и правовую структуру государства.

Въ своемъ „Духѣ Законовъ" М о н т е с к ь е съ одинаковымъ вниманіемъ разсматриваетъ вліяніе, оказываемое на государственную жизнь, какъ климатомъ и почвенными условіями, количествомъ народонаселенія и его экономическимъ бытомъ, такъ, равнымъ образомъ, формою правленія и ея принципомъ, раздѣленіемъ властей и политической свободой. Нельзя, разумѣется, отрицать, что такія ученія „Политики", какъ ученіе о суверенитетѣ В о д е н а, или ученіе о раздѣленіи властей М о н т е с к ь е, всецѣло относятся къ области теоріи государственнаго права. И тѣмъ не менѣе, между теоретической наукой „Политики" и наукой государственнаго права существуетъ такое же принципіальное различіе, какое существуетъ между соціологіей и правовѣдѣніемъ, вообще: правовыя проблемы являются о д н и м ъ изъ элементовъ соціальнаго ученія о государствѣ.

Подведемъ итоги. Къ концу XVIII вѣка вопросы, такъ называемаго, общаго государственнаго права - въ разной мѣрѣ и съ разныхъ точекъ зрѣнія - изучаются тремя, еще не успѣвшими въ достаточной мѣрѣ опредѣлиться, научными направленіями: п о л и т и к о й г о с у д а р с т в е н н а г о п р а в а, входя-

щей въ составъ науки политики права вообще, т.е. доктринъ естественнаго права; с о ц і а л ь н ы м ъ у ч е н і е м ъ о г о с у д а р с т в ѣ и п р и к л а д н о й г о с у д а р с т в е н н о й н а у к о й (ученіемъ о государственномъ искусствѣ), образующими въ слитномъ и не дифференцированномъ видѣ энциклопедическую науку о государствѣ, именуемую «Политикой», въ классическомъ смыслѣ этого слова.

§2.

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію исторической эволюціи науки государственнаго права въ теченіе XIX вѣка. При этомъ мы будемъ имѣть преимущественно въ виду германскую публицистическую литературу, такъ какъ именно въ германской публицистикѣ XIX вѣка наблюдается наиболѣе интенсивная разработка вопросовъ, такъ называемаго, общаго государственнаго права.

Состояніе науки государственнаго права въ разсматриваемую эпоху характеризуется слѣдующими моментами

Во - первыхъ, изъ состава доктрины естественнаго права выдѣляется наука естественнаго государственнаго права. Она образуетъ самостоятельную публицистическую дисциплину, извѣстную подъ именемъ О б щ а г о Г о с у д а р с т в е н н а г о П р а в а (Allgemeines Staatsrecht).

Во-вторыхъ, содержаніе энциклопедической науки о государствѣ, именуемой "Политикой", дифференцируется, распадается на двѣ самостоятельныя научныя дисциплины, теоретическую - Общее ученіе о государствѣ (Allgemeine Staatslehre) и прикладную - Политику, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова (Politik).

Общее государственное право, Общее ученіе о государствѣ, Политика, - таковы три самостоятельныя отрасли государственной науки, представленныя въ германской публицистикѣ первой половины XIX вѣка.

Остановимся на судьбѣ каждой изъ этихъ наукъ.

Что касается, прежде всего, науки Общаго или философскаго государственнаго права, то выдѣленіе ея изъ состава философіи

естественнаго права объясняется, прежде всего, общимъ характеромъ этой философіи.

Естественно-правовая разработка государственнаго права представляетъ одну весьма существенную особенность. Если въ системахъ «Политики" наука государственнаго права въ значительной степени растворяется въ государственной наукѣ, то, наоборотъ въ естественно- правовыхъ системахъ она въ такой же мѣрѣ растворяется въ наукѣ права. А такъ какъ подъ вліяніемъ Corpus juris civilis наука права, по существу, отожествляется съ цивилистикой, то сама разработка государственнаго права въ системахъ естественнаго права пріобрѣтаетъ цивилистическій характеръ. У Althusius'a, напримѣръ, въ его "Dicaeologica", политичекое общеніе, societas publica, разсматривается въ ученіи о консензуальномъ договорѣ, органы государства въ ученіи о мандатѣ и т. п.[1]. И вообще все ученіе объ общественномъ договорѣ носитъ въ теоріяхъ естественнаго права отчетливо выраженный цивилистическій характеръ: государство - одно изъ многочисленныхъ союзныхъ образованій, создаваемыхъ волей индивидовъ; содержаніемъ этой воли опредѣляется природа государства. Вполнѣ естественно, что, по мѣрѣ развитія государственной науки, вообще, начинаетъ все болѣе и болѣе сознаваться потребность въ самостоятельной разработкѣ государственнаго права, соотвѣтствующей своеобразной природѣ публично - правныхъ институтовъ.

Являясь самостоятельной научной дисциплиной, философское или общее государственное право въ теченіе первой половины XIXвѣка, сохраняетъ свой первоначальный естественно-правовой характеръ. Поясняя природу этой науки-Maurenbrecher даетъ ей длинный рядъ названій: Общее государственное право (Allgemeines Staatsrecht) это то же что natürliches oder philosophisches Staatsrecht, Theorie des Staatsrechts, «Staatswissenschaft aus principien", jus publicum universale. Общее государственное право, говоритъ онъ, выводитъ взаимныя обязанности и права правительства и подданныхъ изъ и д е и г о с у д а р с т в а; оно является частью естественнаго права и, какъ таковое, вездѣ и всегда одно и то

---

[1]) *Срв.* Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, *стр.* 233, *срв. также выше, стр. 218, прим. 4.*

же, ибо оно состоитъ изъ в с е о б щ и х ъ, основанныхъ на разумѣ, истинъ, которымъ ничто не соотвѣтствуетъ въ дѣйствительности. Въ этомъ своемъ значеніи общее государственное право не должно быть отождествляемо съ философіей положительнаго права [1].

Какъ извѣстно, торжество, такъ называемой, исторической школы юристовъ въ германской наукѣ нанесло рѣшительный и тяжелый ударъ раціоналистической философіи естественнаго права. Вліяніе исторической школы сказалось, однако, всего позднѣе въ области науки государственнаго права. Еще въ 50-хъ и 60-хъ годахъ наука общаго государственнаго права въ значительной мѣрѣ сохраняетъ раціоналистическій, естественно-правовой характеръ. У Gross'a, Ahrens'a, Röder'a, отчасти у Mohl'я и у Bluntschli, подъ именемъ общаго государственнаго права излагается система естественнаго - т.е. логически необходимаго и совершеннаго - государственнаго права, противополагаемаго несовершенному и произвольному положительному праву отдѣльныхъ государствъ.

Однако, подъ вліяніемъ исторической школы и въ этой наукѣ зачѣчается постепенный, все болѣе и болѣе замѣтный, поворотъ отъ раціонализма къ позитивизму. У Mohl'я и Bluntschli наука философскаго или общаго государственнаго права носитъ еще двойственный, компромиссный характеръ. Вліяніе исторической школы юристовъ на науку государственнаго права не отрицается Mohl'емъ; тѣмъ не менѣе, отъ „полной истины" ученіе этой школы, по его мнѣнію, весьма далеко. Историческая школа изучаетъ отдѣльныя многообразныя проявленія государства въ исторіи; само государство является, однако, всеобщимъ понятіемъ и всеобщей необходимостью. Только въ высшемъ законѣ разума (innerhalb eines höheren Vernunftgesetzes) находятъ себѣ оправданіе различныя потребности и требованія народовъ. Законъ этотъ долженъ быть найденъ и по-

---

[1] Romeo M a u r e n b r e c h e r (1847), Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, *стр. 4; Срв.* J o r d a n, Lehrbuch des allg. u. des deutsch. Staatsrechts (1831) §3; Z a c h a r i ä, Deutsches Staats-und Bundesrecht (1865) *1 стр. 4:* „Nach der E r k e n n t n i s s q u e l l e unterscheidet man auch beim Staatsrecht zwischen einem a l l g e m e i n e n, i d e a l e n, p h i l o s o p h i s c h e n o d e r n a -

ставленъ во главу философіи государства[1]). Совокупность своихъ юридическихъ положеній философское государственное право, въ противоположность положительному, выводитъ, по мнѣнію Mohl'я, изъ сущности государства, вообще, и различныхъ его родовъ и видовъ въ особенности[2]). Само собою понятно, что съ точки зрѣнія послѣдовательнаго раціонализма, подчеркнутая нами оговорка, допускаемая Молемъ, не возможна. Объектомъ философскаго государственнаго права Моль признаетъ "естественное государство", - но не просто естественное, а современное естественное государство (den modernen Naturrechtsstaat)[3]). "Современнымъ естественнымъ" является для него правовое, или конституціонное государство.

По мнѣнію Блунчли, одинаково необходимы и философскій и историческій методъ разработки государственнаго права. Но абстрактно идеалогическій методъ является извращеніемъ философскаго, односторонне эмпирическій - историческаго метода. Историческій и философскій методъ не противорѣчатъ другъ другу; они восполняютъ и исправляютъ другъ друга. Историческій методъ отправляется отъ историческаго явленія, воплощающаго нравственную идею; философскій отъ нравственной идеи, воплощенной въ историческомъ явленіи[4]). Наука общаго государственнаго права, какъ философская наука, раскрываетъ всеобщее государственное пониманіе (den gemeinsamen staatlichen Bewusstsein) современнаго человѣчества и, съ этой точки зрѣнія разсматриваетъ важ-

---

turlichen Staatsrecht, im Gegensatz zu dem positiven oder besonderen Staatsrecht eines bestimten Staats"; Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts (1863), I, *стр. 84; также* Warnkönig, Juristische Encyclopädie (1853), *стр. 846.*

[1]) R. v. Mohl, Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften I, *стр. 258.*

[2]) *Р. фонъ Моль, Энциклопедія государственныхъ наукъ,* §23.

[3]) R.v. Mohl. Gesch. u. Lit. I, 240.

[4]) Bluntschli. Allgemeines Staatsrecht, 2 Aufl. (1857) *стр. 24 и сл.*

нѣйшія проявленія государственной жизни [1]).

Совершенно новый періодъ въ развитіи науки общаго государственнаго права наступаетъ со второй половины XIX в. Параллельно съ постепеннымъ усиленіемъ догматическаго элемента въ наукѣ положительнаго государственнаго права, происходитъ эволюція отъ политики къ догмѣ и въ наукѣ общаго государственнаго права. Повсемѣстное установленіе конституціоннаго строя - тождественнаго вездѣ и всюду въ своихъ основныхъ началахъ - облегчаетъ сравнительное изученіе государственнаго права различныхъ государствъ. На почвѣ такого изученія возникаетъ теорія конституціоннаго права, какъ высшій синтезъ государственно - правовыхъ началъ, отвлекаемыхъ отъ положительнаго конституціоннаго права отдѣльныхъ государствъ.

Сначала теорія конституціоннаго права развивается параллельно съ теоріей общаго государственнаго права и независимо отъ нея. Въ германской литературѣ уже въ 20-хъ годахъ XIX столѣтія появляются труды, посвященные теоріи конституціоннаго права частью догматическаго, частью философскаго и историческаго характера, еще далеко не свободные отъ естественно - правовыхъ переживаній [2]). Эпоха реакціи 40-хъ и 50-хъ годовъ на нѣкоторое время останавливаетъ развитіе этой науки.

Съ окончательнымъ установленіемъ конституціоннаго режима она возникаетъ вновь, - на этотъ разъ не рядомъ съ наукой общаго государственнаго права, а на ея мѣстѣ.

Въ системѣ современной юриспруденціи раціоналистической доктринѣ философскаго (общаго) государственнаго права не оказывается мѣста. Въ трудахъ новѣйшихъ германскихъ публицистовъ на -

---

1) Ib. *стр.* 9.

2) *Напримѣръ:* A r e t i n и K.R o t t e k, Staatsrecht der constit. Monarchie (1824-28), 3 *т. труды* J o r d a n'a, W e l c k e r'a *и др.*

Срв. B o r n h a k (Allg. Staatslehre, *стр.* 5: "Aber gerade in Deutschland sollte das Naturrecht noch eine kleine Nachblüthe erleben in dem sogenannten allgemeinem konstitutionellen Staatsrechte.

Изданіе Кассы взаимопомощи студ. СПБ.-скаго Политехн. Институт.
Типо-литографія И.Трофимова. Можайская, 3. Л.-2.

ука общаго государственнаго права является ничѣмъ инымъ, какъ теоріей конституціоннаго права на почвѣ сравнительнаго изученія права отдѣльныхъ государствъ. Подъ общимъ государственнымъ правомъ въ настоящее время понимается теоретическая (догматическая) наука, изучающая государственно - правовыя нормы абстрактнаго, - т.е. отвлеченнаго отъ реально существующихъ, - конституціоннаго государства [1].

Такова историческая эволюція науки общаго государственнаго права въ германской литературѣ. Остановимся теперь на разсмотрѣніи исторической эволюціи П о л и т и к и и О б щ а г о у ч е н і я о г о с у д а р с т в ѣ, - преимущественно въ ихъ отношеніи къ наукѣ общаго государственнаго права.

Что касается, прежде всего, Политики, то, несмотря на всеобщее въ германской литературѣ признаніе ея необходимости, какъ самостоятельной научной дисциплины, до настоящаго времени Политики, какъ единой науки, въ германской литературѣ мы не встрѣчаемъ.

Единственными публицистами, попытавшимися дѣйствительно создать самостоятельную систему Политики наряду съ системами Общаго государственнаго права и Общаго ученія о государствѣ, являются извѣстные представители классической школы, Mohl и Bluntschli. И тотъ и другой понимаютъ подъ "Политикой" систему правовыхъ положеній, опредѣляющихъ разумно - необходимую организацію и такую же дѣятельность государственной власти. Системѣ положительнаго права они противополагаютъ систему справедливаго и разумнаго права, какъ орудіе критики - ея объекту. У того и у другого центральнымъ вопросомъ Политики является конституціонный вопросъ, - политика государственнаго устройства.

По справедливому замѣчанію проф. В.И. С е р г ѣ е в и ч а, до тѣхъ поръ, пока Общее государственное право носило политический (естественно-правовой) характеръ, обособленіе отъ этой науки Политики являлось, по существу, невозможнымъ. И у Mohl'я и у Bluntschli науки эти до такой степени сходятся и по пред-

---

[1]) J e l l i n e k, Die Lehre v. mod. Staat, I, *стр. 9 и сл.; стр. 58 и сл.*; G a r e i s, Allg. Staatsrecht, *стр. 10 и сл.*; G. M e y e r, Deutsch. Staatsrecht, *стр. 1 и сл., и мн. др.*

метамъ и по точкѣ зрѣнія, что нѣтъ никакой возможности провести между ними какую-либо разграничительную черту. И Общее государственное право и Политика - науки политики, а не догмы, и все различіе между ними заключается въ томъ, что вторая выдвигаетъ на первый планъ моментъ цѣлесообразности, а первая моментъ права[1].

Въ настоящее время, какъ уже указано выше, существенно измѣнился характеръ науки, именуемой Общимъ государственнымъ правомъ. Какъ теорія конституціоннаго государства, наука эта является не политической, а теоретической дисциплиной. На ряду съ ней, казалось бы, и можетъ и должна возникнуть наука Политики государственнаго права, подобно тому, какъ на ряду съ догматической наукой гражданскаго права возникаетъ и складывается наука цивильной политики.

Однако, современная дѣйствительность самостоятельной политической науки государственнаго права не знаетъ; политическіе элементы входятъ случайнымъ ингредіентомъ въ догматическую науку государственнаго права. Быть можетъ, настанетъ время, - и государственная жизнь перерастетъ современныя формы государственнаго строя. Предъ наукой права, какъ въ былое время, встанетъ опять, категорически требуя отвѣта, политическая проблема. И этотъ отвѣтъ будетъ данъ прямою преемницей естественно-правовой доктрины - наукой Политики государственнаго права[2].

Въ современной германской публицистикѣ мы встрѣчаемся, впрочемъ, съ совершенно инымъ пониманіемъ Политики, какъ самостоятельной науки. Политика понимается въ настоящее время, какъ наука о средствахъ къ достиженію государствомъ опредѣленныхъ цѣлей; она разсматриваетъ государство съ телеологической точки зрѣнія и потому является прикладной государственной наукой въ отличіе отъ общаго ученія о государствѣ, какъ науки теоретической. Политика является ученіемъ о государственномъ искусствѣ (Staatskunstlehre), или, какъ ее опредѣляетъ Rehm, Staats -

---

[1]) *В.И. Сергѣевичъ. Задача и методы государственныхъ наукъ стр.16 и слѣд.*

[2]) *О Политикѣ права, вообще, см. мою ст.: "О наукѣ права" въ сборникѣ подъ редакціей проф. Н.И.Карѣева: "Введеніе въ изученіе соціальныхъ наукъ".*

macht und Staatsklugheitslehre [1]).

Въ этомъ своемъ значеніи, Политика, какъ е д и н а я н а у к а - уже въ силу безконечнаго разнообразія тѣхъ средствъ, къ какимъ прибѣгаетъ современное государство для достиженія своихъ безконечно разнообразныхъ цѣлей - безусловно невозможна. Дифференціація государственной дѣятельности имѣетъ своимъ необходимымъ послѣдствіемъ дифференціацію тѣхъ наукъ, которыя эту дѣятельность изучаютъ . Въ настоящее время можно, конечно, говорить о наукахъ экономической политики, финансовой, военной, церковной, международной политики и т.д.; о политикѣ вообще, -какъ наукѣ о государственномъ искусствѣ, - не можетъ быть и рѣчи.

Переходя къ вопросу объ Общемъ ученіи о государствѣ, необходимо отмѣтить, прежде всего, что опредѣлить содержаніе и объемъ этой науки германской публицистикѣ до настоящаго времени не удалось.

Такъ, подъ общимъ ученіемъ о государствѣ понимается то философское ученіе о государствѣ (H e r m a n n S c h u l z e), то "общія основы государственнаго права и политики" (B l u n t s c h l i), то "ученіе объ абстрактномъ государствѣ на почвѣ сравнительнаго изученія существующихъ государствъ" (R o s i n, B o r n h a k), то ученіе " о понятіи и существѣ государства", т.е. не общее ученіе о государствѣ - Allgemeine lehre vom Staat, а ученіе о государствѣ вообще, - Lehre vom Staat im Allgemeinen (R. v. Mohl, G. Meyer, Rehm). Въ новѣйшее время J e l l i n e k въ своей системѣ: "Das Recht d. modernen Staates". Bd. I."Allgemeine Staatslehre", подъ общимъ ученіемъ о государствѣ понимаетъ, какъ соціальное ученіе о государствѣ, такъ и ученіе о государственномъ правѣ (sociale Staatslehre и Staatsrechtslehre). Общему ученію о государствѣ, какъ е д и н о й теоретической наукѣ о государствѣ, онъ противопоставляетъ п о л и т и к у, какъ прикладную практическую науку о государственномъ искусствѣ, т.е. о средствахъ достиженія опредѣленныхъ государственныхъ цѣлей. Съ точки зрѣнія систематики, J e l l i n e k примыкаетъ, такимъ образомъ, ко взглядамъ, за долго до него высказаннымъ во Франціи К о н т о м ъ, а въ Англіи - Д.С.

---

[1])Rehm, Allg. Staatslehre, *стр.* 8 *и сл.* G a r e i s, Allg. Staatsrecht, *стр.* 17; J e l l i n e k, Allg.Staatslehre, *стр.12;* R i c h a r d S c h m i d t, Allg. Staatslehre, *стр.25 и мн. др.*

М и л л е м ъ о необходимости разграниченія чистой науки о государствѣ отъ таковой же прикладной науки [1] .

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, наряду съ теоретической и политической дисциплинами Общаго государственнаго права, Общее ученіе о государствѣ можетъ имѣть одно только значеніе, - значеніе соціальной науки о государствѣ. Именно, такое пониманіе этой науки скрывается подъ туманными и описательными ея опредѣленіями, даваемыми германской публицистикой. Многочисленные въ германской публицистикѣ первой половины XIX в. труды, посвященные физіологіи государства и государственной физикѣ, естественному ученію о государствѣ (Naturlehre des Staats), являются первыми, методологически - наивными, конструкціями соціальнаго ученія о государствѣ [2] .

Какъ соціальная наука, Общее ученіе о государствѣ, разумѣется, выходитъ за предѣлы юридической науки, вообще. Такіе вопросы, какъ вопросъ о "существѣ государства" (Das Wesen des Staates"), о его цѣли, о возникновеніи и разложеніи государства и т.п., по самому существу своему, имѣютъ, въ значительной степени, мета - юридическій характеръ. Ошибка естественно-правовой доктрины заключалась, именно, въ томъ, что эти и имъ подобные вопросы разсматривались ею, какъ чисто - юридическія проблемы, разрѣшаемыя исчерпывающимъ образомъ наукой права.

И если въ настоящее время разработка вопросовъ, такъ называемаго, Общаго ученія о государствѣ въ германской литературѣ оставляетъ желать еще весьма и весьма многаго, то это, опять-таки, объясняется, прежде всего, тѣмъ, что самая сложность проблемъ, изучаемыхъ этой наукой, не сознана до настоящаго времени научно - публицистической мыслью.

Судьба Общаго ученія о государствѣ тѣсно и неразрывно связана съ судьбой соціальной науки (соціологіи), вообще. Только какъ интегральная часть этой науки, Общее ученіе о государствѣ можетъ сознать свои задачи, опредѣлить свой предметъ, найти правильный методъ своего изслѣдованія.

---

[1] *О разнообразныхъ пониманіяхъ науки Общаго ученія о государствѣ см. у* Rehm'a, Allgemeine Staatslehre, *стр. 1 и сл.*

[2] *Мы имѣемъ въ виду труды* S c h l e i e r m a c h e r'a, R o t t e k'a, L e o, K.S. Z a c h a r i a e, C. F r a n t z,

Изучая государство, вообще, - т.е. государство, какъ соціальное явленіе, - Общее ученіе о государствѣ, разумѣется, изучаетъ и юридическую структуру государства, - государство, какъ юридическій институтъ. Ученіе о государствѣ, какъ правовомъ институтѣ - является интегральной частью Общаго, т.е. соціальнаго ученія о государствѣ. Эта часть - и только эта - входитъ, естественнымъ образомъ, и въ область науки государственнаго права.

Выше нами было указано, что подъ общимъ государственнымъ правомъ современная наука понимаетъ теорію конституціоннаго права.

Общее ученіе о государствѣ, въ т ѣ с н о м ъ с м ы с л ѣ э т о г о с л о в а - какъ ученіе о правовой природѣ государства, объ его основныхъ институтахъ, о территоріи, населеніи и власти - является необходимымъ введеніемъ въ науку современнаго Общаго государственнаго права. Самостоятельнаго научнаго значенія такое введеніе, какъ часть соціальной науки о государствѣ, не имѣетъ и не можетъ имѣть.

II. *НАУКА ПОЛОЖИТЕЛЬНАГО ГОСУДАРСТВЕННАГО ПРАВА ВО ФРАНЦУЗСКОЙ И ГЕРМАНСКОЙ ЛИТЕРАТУРѢ.*

Систематическая разработка положительнаго государственнаго права становится практически возможной только съ окончательнымъ разложеніемъ имперіи и папства, краеугольныхъ устоевъ средневѣковья, и съ образованіемъ новыхъ, территоріально обособленныхъ и независимыхъ государствъ. Значительная по количеству трудовъ, но крайне однообразная и бѣдная по числу затрагиваемыхъ ими темъ, публично-правовая литература среднихъ вѣковъ не выходитъ за предѣлы политическихъ и полемическихъ разсужденій на тему о преобладаніи церковной или свѣтской, имперской или территоріальной власти.

S c h ä f f l e *и др.*

Возникая на порогѣ новаго времени, самостоятельная догматическая разработка государственнаго права первоначально имѣетъ не теоретическій, а чисто практическій характеръ. Ея возникновеніе находится въ тѣсной связи - не только въ Германіи, но и во Франціи и въ Англіи - съ учрежденіемъ постоянныхъ, замѣщаемыхъ учеными юристами, платныхъ судебныхъ должностей. Только съ окончательнымъ торжествомъ абсолютной монархіи, государственной власти удается изъять изъ компетенціи общихъ судовъ вопросы публичнаго права. Въ Германіи принципъ: "In Polizeisachen gilt keine Appellation" получаетъ всеобщее признаніе не раньше конца XVII в.

Равнымъ образомъ, во Франціи долгая борьба съ парламентами, стремившимися подчинить администрацію страны своему контролю, окончилась побѣдою королевской власти не раньше второй половины XVII в. [1]).

До этого времени въ компетенцію судебныхъ мѣстъ входитъ разсмотрѣніе не только гражданскихъ и уголовныхъ дѣлъ, но, равнымъ образомъ, вопросовъ публичнаго права. Отсюда - необходимость составленія руководствъ, сборниковъ рѣшеній и заключеній, содержащихъ, между прочимъ, и положительный государственно-правовой матеріалъ.

Такъ, въ Англіи первые оффиціальные сборники судебныхъ рѣшеній (reports), соединяемыхъ въ особыя книги (Jearbooks), появляются уже въ концѣ XIII в. Старѣйшая изъ такихъ книгъ относится къ 20-му году царствованія Эдуарда I (1292).

Во Франціи сборники обычнаго и судебнаго права, содержащіе, на ряду съ частноправнымъ и публичноправный матеріалы, появляются также впервые въ XIII в. Въ большинствѣ случаевъ авторами такихъ сборниковъ являются судьи, и самое появленіе ихъ вызывается потребностями судебной практики. Изъ сборниковъ XIII в. наиболѣе замѣчательны: "Etablissements de Saint-Louis" (около 1272 г.) и "Coutumes de Beauvoisis" Beaumanoir'a (1283); изъ сборниковъ XIV в. назовемъ Du Breuil'я "Stylus curiae parlamenti" (1330).

---

[1]) *О политической роли парламентовъ въ XVIII в., - въ особенности въ эпоху Регентства, см. Коха, Очерки по исторіи политическихъ идей, стр. 104 и слѣд.; Тарановскій, Догматика положительн. госуд. права во Франціи при старомъ порядкѣ, 228 стр. сл.*

Въ Германіи возникновеніе практически-догматической литературы положительнаго государственнаго права тѣсно и неразрывно связано съ дѣятельностью знаменитаго въ исторіи Священно-Римской Имперіи Имперскаго Камеральнаго Суда (Reichskammergericht'a)[1]. По совершенно справедливому замѣчанію Otto Mejer'a мѣстомъ рожденія нѣмецкой науки государственнаго права является Рейхскаммергерихтъ; близостью къ нему опредѣляется характеръ этой науки въ теченіе всего времени существованія Имперіи [2].

Учрежденный въ 1495 г., Рейхскаммергерихтъ въ области публичнаго права является судомъ первой инстанціи для всѣхъ, вообще, такъ называемыхъ, непосредственныхъ лицъ Имперіи, - т.е. для всѣхъ носителей территоріальной государственной связи. Какъ высшій (федеральный) судъ Имперіи, Рейхскаммергерихтъ разсматриваетъ и разрѣшаетъ юридическіе споры не только между независимыми другъ отъ друга непосредственными лицами, но, равнымъ образомъ, между ними, съ одной стороны, и ихъ подданными, съ другой. Первые ищутъ въ Рейхскаммергерихтѣ признанія и защиты ихъ владѣтельныхъ правъ по отношенію къ подданнымъ; вторые - защиты противъ злоупотребленія властью въ ущербъ ихъ правамъ и вольностямъ, основаннымъ на привиллегіяхъ, договорахъ, или незапамятномъ обычаѣ [3].

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что практическое значеніе Рейхскаммергерихта въ теченіе всего времени его существованія, и въ особенности въ теченіе XVIII в. было весьма и весьма невелико. Безсиліе Имперіи, естественнымъ образомъ, обусловливало безсиліе Имперскаго Суда; въ частности, непокорность и своеволіе имперскихъ чиновъ сплошь и рядомъ дѣлали невозможнымъ исполненіе его рѣшеній. Но, по справедливому замѣчанію Ѳ.Тарановскаго, безсильный для дѣятельной "защиты права", Имперскій Камеральный Судъ былъ силенъ своей "распознавательной" дѣятельностью, - отысканіемъ и установленіемъ нормъ, регулирующихъ совокупность отношеній между под-

---

[1]) *О Рейхскаммергерихтѣ и его роли въ исторіи нѣмецкаго государственнаго права см. превосходное изслѣдованіе Ѳ.Тарановскаго, "Юридическій методъ въ государственной наукѣ" (1904)* passim.

[2]) Otto Mejer, Einleitung in das Deutsche Staatsrecht *(1884) стр. 115.*

[3]) *Ѳ.Тарановскій* l.c., *стр.26.*

данными и территоріальною властью [1]). Именно, благодаря камеральному суду, - и до тѣхъ поръ, пока онъ существовалъ - отношенія эти мыслились и сознавались въ Германіи, какъ правоотношенія или, другими словами, объективное публичное право разсматривалось, какъ источникъ субъективныхъ публичныхъ правъ. Такимъ образомъ, подобно гражданскому, публичное право являлось правомъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Недаромъ позднѣе, въ эпоху окрѣпшаго абсолютизма, I.I. Moser, вспоминая о старомъ, настойчиво - и увы, тщетно - твердилъ: Publicum jus — jus bleiben muss!

При такихъ условіяхъ, догматическая разработка публичнаго права, являлась вполнѣ и безусловно возможной; она являлась категорически необходимой въ интересахъ судебнаго осуществленія публичнаго права.

Начало практически-догматической публицистики въ Германіи - точно такъ же, какъ въ Англіи и во Франціи - кладется неоффиціальнымъ сборникомъ судебныхъ рѣшеній, докладовъ и иныхъ матеріаловъ изъ практики камеральнаго суда. Первый такой сборникъ, принадлежащій Mynsinger'у, издается въ 1563 г.; за нимъ слѣдуютъ сборники Geyl'я (1573), Gilmann'a (1601 - 1608), Maichsner'a и др.

Во всѣхъ этихъ сборникахъ, разумѣется, преобладаетъ частноправный матеріалъ, но, на ряду съ нимъ, въ достаточномъ изобиліи находится и матеріалъ публичноправный; этотъ послѣдній широко утилизируется первыми систематическими трактатами по нѣмецкому государственному праву. Такіе трактаты появляются съ начала XVII столѣтія; наиболѣе замѣчательные изъ нихъ принадлежатъ перу Paurmeister'a (De jurisidictione Imperii Romani libri duo, 1608), Arumaeus'a (Discursus academici de jure publico, 1616 - 1623) и ученика его Limnaeus'a (Jus publicum Imperii Romano-Germanici, съ 1629 г), называемаго часто, хотя и безъ достаточныхъ основаній, патріархомъ нѣмецкихъ публицистовъ.

Своего апогея развитіе практически-догматической литературы публичнаго права достигаетъ въ Германіи къ концу XVII в.; съ окончательнымъ установленіемъ абсолютизма, она уступаетъ свое мѣсто господству камералистической литературы, а

---

[1]) Ф. Тарановскій, стр. 21 и слѣд.

затѣмъ полицейской науки, совершенно игнорирующихъ юридическую сторону государственной дѣятельности и разсматривающихъ государство, какъ хозяйственный аппаратъ, управляемый техническими нормами цѣлесообразности, а не юридическими нормами права; извѣстными представителями этого новаго направленія являются Seckendorff, Justi, Sonnenfels и др.

Вообще, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ политическихъ и общественныхъ условіяхъ, создаваемыхъ абсолютнымъ режимомъ, сколько-нибудь успѣшное развитіе науки положительнаго государственнаго права оказывается почти невозможнымъ.

Такъ, прежде всего, существеннымъ препятствіемъ для догматической разработки государственнаго права въ эпоху стараго режима является крайняя бѣдность содержанія и, вмѣстѣ съ тѣмъ, ничтожность практическаго значенія дѣйствующаго публичнаго права. Важнѣйшія отношенія между гражданами и властью, регулируемыя въ настоящее время объективными нормами права, въ государствахъ стараго режима опредѣляется ничѣмъ несдерживаемымъ усмотрѣніемъ и произволомъ верховной и подчиненныхъ властей. До тѣхъ поръ, пока монархъ можетъ сказать о себѣ: "Государство - это я", - наукѣ государственнаго права нѣтъ и не можетъ быть мѣста.

Съ другой стороны, весьма неблагопріятнымъ условіемъ, препятствующимъ развитію науки государственнаго права, является отрицательное отношеніе подозрительнаго и нетерпимаго абсолютизма къ публичному обсужденію въ печати и съ кафедры вопросовъ государственнаго права. Съ точки зрѣнія правительствъ абсолютнаго режима государственное право - государственная тайна. Если государственная власть - Провидѣніе, его пути должны оставаться неисповѣдимыми. Невѣжество народа считается абсолютизмомъ въ такой же мѣрѣ гарантіей патріотизма, въ какой Церковью - гарантіей вѣры. Что удивительнаго, если даже такіе ученые, какъ I.I.Moser, оставаясь на почвѣ "существующихъ порядковъ", еще во второй половинѣ XVIII вѣка доказывали "безполезность и неприличіе сужденія частныхъ лицъ о государственныхъ дѣлахъ".

Какъ извѣстно, наиболѣе раннее и наиболѣе послѣдовательное развитіе абсолютизма имѣло мѣсто во Франціи; именно, здѣсь, въ эпоху стараго режима, наука положительнаго государственнаго права оказывается совершенно невозможной. Воспитанная въ традиціяхъ придворнаго абсолютизма, французская публици-

стика стараго режима свое почти исключительное вниманіе посвящаетъ вопросамъ придворной жизни, изученію внѣшнихъ условій, въ которыхъ живетъ французскій король. Мельчайшія подробности этикета, придворныя развлеченія и свободная любовь, культивируемыя при дворѣ, пріобрѣтаютъ въ ея глазахъ значеніе и важность серьезнѣйшихъ вопросовъ государственной жизни. Въ настоящее время трудно повѣрить, что еще въ XVIII в. во Франціи существовала обширная литература по вопросу объ естественныхъ (внѣбрачныхъ) дѣтяхъ короля. Монографіи, написанныя по поводу спора между законными принцами и легитимированными дѣтьми Людовика XIV, собранныя воедино, составили обширный сборникъ in quarto: "Dissertations historiques et critiques sur l'état et le rang des fils naturels de Roys de France dans leurs diverses races" (1740). Удивляться, впрочемъ, тутъ нечему; R. v.Mohl справедливо спрашиваетъ, какъ опредѣлить, гдѣ кончается физіологія и начинается теологія у Далай-Ламы?[1]).

Абсолютизмъ королевской власти, достигшій во Франціи своего полнаго развитія уже въ XVII в., въ Германіи торжествуетъ окончательную побѣду надъ сословнымъ началомъ значительно позже, и, кромѣ того, вслѣдствіе политической дробности Германіи и федеративнаго ея устройства, никогда не достигаетъ здѣсь такого значенія и силы, какъ во Франціи. Во всякомъ случаѣ, въ теченіе XVII и XVIII в.в. въ Германіи королевская власть значительно слабѣе, чѣмъ во Франціи [2]), и, слѣдовательно, отрицательное вліяніе абсолютизма на политическую мысль значительно меньше.

Этимъ объясняется возможность появленія такихъ - замѣчательныхъ для своего времени - политическихъ трактатовъ, какъ произведенія Hippolitus a Lapide (Philipp Chemnitz) [3]), Пуф-

---

[1]) *См.* Mohl, Gesch. u. Lit. III, *стр. 124 и сл.*

[2]) *Нѣмецкіе публицисты XVII в., иронизируя надъ французскимъ абсолютизмомъ, охотно цитируютъ французское изреченіе:* "Le roy de France est le Roy de bestes, a cause de la grande facilité du peuple Français, qui se laisse emmener par le nez, comme les Bestes." *См. Тарановскій l. c., стр. 135, примѣчаніе 1.*

[3]) Dissertatio de ratione status in Imperio Romano Germanico, 1647.

фендорфа въ началѣ его литературной дѣятельности [1]), позднѣе F.C. v.Moser'a [2]) и др.

Тѣмъ не менѣе, и въ Германіи нетерпимость цензурнаго режима стѣсняетъ въ чрезвычайной мѣрѣ теоретическую разработку государственнаго права.

Благонамѣреннѣйшій I.I.Moser, - и тотъ жалуется на цензуру: онъ жалуется на то, что цензура часто вычеркиваетъ въ его писаніяхъ отрицательную частицу "nicht", заставляя его говорить противоположное тому, что онъ думаетъ; что его трудъ по отечественному государственному праву былъ въ такой мѣрѣ "переработанъ" цензурой, что онъ не узналъ въ немъ своего произведенія; что ему воспрещается цитировать свои собственныя, одобренныя цензурой, произведенія - и въ ихъ числѣ обширный трудъ по германскому государственному праву и т.п.

Независимо отъ вышеизложеннаго, развитію науки государственнаго права въ Германіи препятствовали тѣ своеобразныя условія, въ какихъ возникла и развивалась германская наука права, вообще.

Господство романистическаго направленія - исключительное въ разсматриваемую эпоху, - приводитъ германскихъ юристовъ-теоретиковъ къ отождествленію всей, вообще, науки права, съ одной изъ ея отраслей - гражданскимъ правомъ. Только что возникшей, еще не сумѣвшей завоевать себѣ прочной позиціи, наукѣ публичнаго права приходится вести упорную борьбу съ врагами, нападающими на нее съ двухъ фланговъ. Съ одной стороны, придворные политики доказываютъ совершенную неумѣстность обсужденія профессорами, да еще предъ студентами, вопросовъ, касающихся государства и кесаря. Съ другой - сами профессора возстаютъ противъ университетскаго преподаванія публичнаго права. Публичное право, говорятъ они, не относится къ юриспруденціи; занятіе имъ есть не что иное, какъ mantellum ignorantiae juris civilis. Въ 1630 г. Лейпцигскій университетъ заявляетъ ходатайство объ упраздненіи "professionis juris publici". Противъ этого ходатайства возстаетъ консисторія, до-

---

[1]) Severini de Mozambano Veronensis, de statu Imperii Germanici ad Laelium fratrem dominum Trezolani liber unus Amst. 1667.

[2]) Der Herr und der Diener, Frank. 1759.

казная необходимость для дворянства знакомства съ публичнымъ правомъ; что касается "опасностей" преподаванія его въ университетахъ, то, по мнѣнію консисторіи, онѣ могутъ быть устранены, если обязать лекторовъ представлять свои lectiones на цензуру Decano facultatis juridicae[2]). Въ защиту публичнаго права, кромѣ консисторіи, пришлось выступить такимъ авторитетамъ, какъ Carpzov, Limnäus, Mevius и др., - и, тѣмъ не менѣе, еще очень долго - вплоть до XIX в. - публичное право оставалось въ Германіи падчерицей юридическихъ факультетовъ.

Говоря о причинахъ, препятствовавшихъ успѣшной разработкѣ положительнаго государственнаго права въ теченіе XVII и XVIII в.в., необходимо, на ряду съ вышеизложенными частными причинами, отмѣтить еще одну, болѣе общаго характера.

Въ эпоху господства философіи естественнаго права наука положительнаго права не можетъ быть, по существу, сколько-нибудь продуктивной.

Съ одной стороны, сознаніе глубокой и безнадежной порочности существующаго порядка, создаваемаго исторической случайностью и человѣческимъ произволомъ, естественно внушаетъ непреодолимое отвращеніе къ научной, объективной и догматической разработкѣ положительнаго права; съ другой, наиболѣе живыя и созидающія силы охватываются стремленіемъ уйти отъ печальной и хаотической дѣйствительности въ прекрасную область совершеннаго и неизмѣннаго, логически стройнаго и законченнаго, естественнаго права.

При такихъ условіяхъ наука положительнаго права становится удѣломъ ограниченныхъ и узкопрактическихъ умовъ и самая разработка положительнаго права теряетъ свой научный характеръ.

Таковы, въ общихъ чертахъ, причины, препятствовавшія успѣшной разработкѣ во Франціи и Германіи въ теченіе XVII и XVIII в.в. догматической науки положительнаго государственнаго права. Во Франціи за все это время нельзя указать ничего, кромѣ монографій по нѣкоторымъ вопросамъ, - напримѣръ, о

---

[2]) H.Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, II, *стр. 29 и сл.*

власти французскаго короля, о доменахъ и налогахъ, о сословіяхъ, о полицейской дѣятельности, а также нѣсколькихъ мало удачныхъ попытокъ систематическаго изложенія государственнаго права [1]). Произведенія, во многихъ отношеніяхъ выдающіяся, канцлера d'Aguesseau ("Essai d'une instruction au droit public") d'Argenson'a (Considération sur le Gouvernement ancien et présent de la France" Amst. 1764) имѣютъ преимущественно политическій характеръ, хотя и даютъ богатый матеріалъ для характеристики государственнаго строя до-революціонной Франціи [2]).

Въ Германіи наиболѣе замѣчательнымъ представителемъ науки государственнаго права въ XVIII в., несомнѣнно, является I. I.Moser: его литературные труды лучше всего характеризуютъ тотъ крайне низкій уровень развитія, на которомъ находилась въ это время наука государственнаго права въ Германіи. Необычайно трудолюбивый и единственный въ своемъ родѣ по плодовитости писатель, авторъ 312 трудовъ, составляющихъ около 600 томовъ, I.I.Moser въ теченіе всей своей долголѣтней дѣятельности не могъ подняться надъ самымъ узкимъ и безпомощнымъ эмпиризмомъ. Всякое обобщеніе, всякая система, проникновеніе въ корень, вынсненіе причины явленій кажутся ему праздным философствованіемъ, - вреднымъ, или, въ лучшемъ случаѣ, безполезнымъ. Къ раціонализму, вообще, и къ естественному праву, въ частности, онъ относится съ величайшимъ презрѣніемъ. Историческое изученіе права, - правда, въ весьма несовершенной формѣ, такъ называемой, элегантной юриспруденціи, Моверъ сравниваетъ съ блестящимъ фейерверкомъ, которому слѣдуетъ предпочесть фунтъ, хотя бы и тусклыхъ, свѣчей. Коллекціонированіе казусовъ судебной и административной практи-

---

[1]) *См.* Mohl. Gesch. u. Lit.III, *стр.124 и сл. О догматикѣ государственнаго права въ системѣ* Domat *см. у Тарановскаго назв. соч., стр.140 и сл.*

[2]) *У* d'Argenson'a *напримѣръ, вся характеристика существующихъ порядковъ имѣетъ своей цѣлью доказать необходимость проектируемой имъ политической реформы на основахъ широкаго самоуправленія. Центромъ его книги является* "Plan de Gouvernetent proposé pour la France" *(въ Амстердамскомъ изд. 1764 г., стр.315 и сл.).*

ки, безсистемное собираніе законовъ, обычаевъ, "примѣрныхъ дѣлъ", дословная передача оффиціальныхъ документовъ - таково содержаніе и таковъ характеръ Мозеровскаго творчества въ области государственнаго права.

Какъ строгій и послѣдовательный догматикъ, одаренный синтетическимъ, систематизирующимъ умомъ, гораздо выше I.I.Мозера современникъ его J.St.Pütter."Institutiones juris publici Germanici" (7 изд. 1770) Пюттера должны быть признаны самымъ выдающимся, именно, въ догматическомъ отношеніи -трудомъ германской публицистики XVIII вѣка. По своему конструктивному (юридическому) методу, онъ является прообразомъ современныхъ трудовъ, такъ называемой, юридической школы государствовѣдовъ. Тѣмъ не менѣе, для характеристики эпохи необходимо отмѣтить, что, собственно говоря, въ области государственнаго права литературная дѣятельность Пюттера не оставила и не могла оставить по себѣ сколько-нибудь замѣтныхъ слѣдовъ. Единственный въ этой области значительный его трудъ посвященъ государственному праву умирающей отъ старческаго истощенія германской имперіи. Наиболѣе жгучіе вопросы. современной ему государственно-правовой жизни - вопросы объ юридической природѣ территоріальной власти, о политическихъ правахъ сословій и объ отношеніи къ этимъ правамъ только что окончательно сложившагося абсолютизма, - эти и многіе другіе, столь же важные вопросы, не останавливаютъ вовсе на себѣ вниманія Пюттера. Важнѣйшимъ же трудомъ его жизни является детальная разработка "германскаго частнаго права княжескихъ домовъ" (Prime lineae juris privati principum; Ueber Messeirathen teutscher Fürsten und Grafen и мн.др.)[1]).

Конецъ XVIII и первая половина XIX вѣка знаменуются паденіемъ стараго режима и затѣмъ борьбою за новый политическій и соціальный порядокъ. Одна революція смѣняется другой. Прогрессъ и реакція одинаково вооружены съ головы до ногъ. Вѣковые институты падаютъ и возрождаются вновь; новые институты возникаютъ и снова падаютъ. Общественная жизнь несется съ горы мутнымъ и шумнымъ потокомъ, то разбиваясь о скалы, то

---

[1]) *Однимъ изъ выдающихся публицистовъ XVIII в. является также* v.Kreittmayr: "Grundriss des allg. deutsch. u. Bayrisch-Staatsrechts. Th.I. 1770.

разбивая ихъ. Все находится "im Werden": одни живутъ прошлымъ, другіе - будущимъ; настоящимъ не живетъ никто.

Не трудно понять, что въ такія эпохи догматическая разработка государственнаго права не дѣлаетъ и не можетъ дѣлать успѣха. Наука права сохраняетъ свой рѣзко выраженный политическій характеръ; она учитъ тому, что должно быть, а не тому, что есть.

Въ германской публицистической литературѣ начало XIX вѣка знаменуется борьбой двухъ діаметрально-противоположныхъ политическихъ направленій.

Съ одной стороны Klüber и его школа - западники германской публицистики начала XIX в., - противопоставляя теорію монархическаго суверенитета теоріи суверенитета государственнаго, являются проводниками въ германскую дѣйствительность началъ западно-европейскаго (французскаго) конституціонализма[1]).

Съ другой стороны Schmalz, Maurenbrecher, F.I.Stahl и др., отворачиваясь отъ "чужихъ формъ", противопоставляютъ истинно-нѣмецкое государственное право западно-европейскому, патримоніальную теорію монархическаго суверенитета - "революціонной" теоріи суверенитета государственнаго, "монархическій принципъ" Вѣнскаго конгресса - конституціонному началу раздѣленія властей[2]).

---

[1]) *О тѣхъ преслѣдованіяхъ, которымъ* Klüber *подвергся со стороны прусскаго правительства, см. его введеніе къ третьему изданію:* "Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten" *(1861) Клюберу поставлено было въ вину, что онъ* "kein Bedenken getragen durchgängig die entschiedenste Vorliebe für diege genwärtigen gemischten Verfassungen einiger Bundesländer unverholen an den Tag zu legen wiewohl die neuere Gesetzgebung des Bundes bekanntlich, unter der thätigsten Mitwirkung Preussens, vorzüglich mit auf den Zweck gerichtet worden, den, diesen in einer noch lange zu beklagenden Epoche fast allgemeiner politischer Verirrung mit so grosser Uebereilung gestifteten Verfassungen zum Grund liegenden demokratischen Principien entgegen zu wirken".

[2]) Schmalz, *въ введеніи къ своему труду:* "Das teutsche Staatsrecht"(1825), *съ презрѣніемъ отворачивается отъ "чужихъ формъ", заимствованныхъ нѣкоторыми германскими государствами*

Господство исторической школы юристовъ въ области философіи права отражается и на наукѣ государственнаго права. Поскольку политическая мысль обращена къ прошлому, наука государственнаго права пріобрѣтаетъ "историческій" характеръ; историческій методъ становится орудіемъ реакціи. Наоборотъ, раціонализмъ естественнаго права остается орудіемъ политическаго прогресса, - орудіемъ революціоннаго стремленія къ идеаламъ конституціонализма. Такимъ образомъ, стоитъ ли наука

съ Запада. Онъ пишетъ н е м е ц к о е государственное право. Wo aber, *спрашиваетъ онъ,* haben die Menschen sich sicherer gefühlt, glücklicher befunden, als in unseren, teutschen Staaten? Und wo anderswo gleiche Freiheit ist, da beruht gerade das Wahre und Wirkliche derselben auf dem was teutschen Instituts ist (Vorw. *стр.* VI).

M a u r e n b r e c h e r, Die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainität *(1839 г.) усматриваетъ сущность патримоніальной теоріи въ томъ, что она* "die Souverainität für einen Theil des landesfürstlichen Patrimoniums und den Staat für das Object der dem Fürsten zustehenden Souverainität erklärt" *(стр.2). Если суверенитетъ собственность монарха, то онъ долженъ имѣть полную, естественную свободу и независимость "собственника" при осуществленіи суверенитета и, слѣдовательно, цѣли могутъ ограничивать х а р а к т е р ъ м с п о с о б ъ, но не с в о б о д у о с у щ е с т в л е н і я суверенитета. Отсюда выводъ: министры неотвѣтственны предъ цѣлями; законодательная инициатива - исключительное право монарха и т. д. (стр.200 и сл.). Съ точки зрѣнія патримоніальной теоріи,* Princeps legibus solutus est. "Der Fürst selbst, welcher. das Gesetz, nicht sich, sondern den Unterthanen giebt" *- не можетъ быть связанъ закономъ (стр. 191 и сл.).*

F. I. S t a h l, "Das monarchische Princip" *(1845), даетъ чисто политическое опредѣленіе монархическаго принципа.* Wir finden das Monarchische Princip darin, dass die fürstliche Gewalt dem Rechte nach undurchdrungen über der Volksvertretung stehe und dass der F ü r s t t h a t s ä c h l i c h den

---

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". Проф. В. М. Гессенъ. Л.З. Изданіе Студ.Кассы Взаимопомощи при СПБ. Политехн.Институтѣ.

положительнаго государственнаго права на исторической почвѣ, или на почвѣ раціоналистической, она въ одинаковой степени является наукой политики, а не догмы государственнаго права. Таковъ - вездѣ и повсюду - характеръ науки государственнаго права въ теченіе первой половины XIX вѣка.

Догматическая наука государственнаго права возникаетъ позднѣе, съ окончательнымъ торжествомъ конституціоннаго строя, во второй половинѣ XIX вѣка. Отечествомъ догматическаго направленія является современная Германія. Французской публицистикѣ направленіе это до послѣдняго времени остается чуждымъ. При той неустойчивости конституціонныхъ формъ, какою характеризуется новѣйшая политическая исторія Франціи, догматическая разработка положительнаго права не можетъ быть сколько-нибудь успѣшной: L a f e r r i è r ' y, напримѣръ, въ каждомъ изъ 4-хъ изданій своего курса административнаго права, приходилось излагать новую конституціонную систему!... Одна только отрасль государственнаго права, въ широкомъ смыслѣ этого слова, - а именно, административное право подверглось во Франціи глубокой и всесторонней догматической обработкѣ. Возможность такой обработки объясняется не только преемственнымъ, эволюціоннымъ характеромъ развитія административнаго законодательства, но, равнымъ образомъ, исключительнымъ богатствомъ содержанія административной юриспруденціи французскаго государственнаго совѣта, - юриспруденціи, съ которой по силѣ юридической логики можетъ сравниться развѣ только юриспруденція классическаго Рима.

Въ трудахъ L a f e r r i è r 'a, A u c o c 'a и B a t b i e, H a u r i o u, S i m o n e t и B a r t h é l e m y мы находимъ наиболѣе законченную и систематическую догмати-

---

Schwerpunkt der Verfassung, die positiv gestaltende Macht im Staate, der Führer der Entwickelung bleibe *(стр. 12). Отсюда рядъ политическихъ постулатовъ: вся администрація - въ рукахъ монарха; право инціативы принадлежитъ исключительно монарху; бюджетное право чиновъ ограничено* ("Das monarchische Princip erheischt hier vor allem, dass die Specialität *(бюджета)* nicht bis in die Details heruntergehe)*; политическая отвѣтственность министровъ невозможна и т.д. (стр. 14 и сл.).*

ческую разработку административнаго права [1]).

Что касается государственнаго права, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, - конституціоннаго права французской доктрины, - то его разработка до настоящаго времени носитъ во Франціи историческій и политическій, но отнюдь не догматическій характеръ. Обыкновенно конституціонное право излагается, какъ философское или политическое введеніе къ догматической наукѣ административнаго права. И только въ послѣднее время, въ трудахъ E s m e i n 'a, D u g u i t и нѣк. др., мы встрѣчаемся съ попытками догматическаго конструированія положительнаго конституціоннаго права.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, по мѣрѣ упроченія государственнаго строя третьей республики, - и во Франціи начинаетъ все болѣе и болѣе сознаваться необходимость догматическаго изученія государственнаго права. Краснорѣчивымъ доказательствомъ пробуждающагося интереса къ догматикѣ является, между прочимъ, изданіе въ переводѣ на французскій языкъ Монументальной Лабандовской системы "Государственнаго права Германской Имперіи".

Что касается Германіи, то здѣсь, до образованія Сѣверо-Германскаго Союза и затѣмъ Германской Имперіи, литература положительнаго государственнаго права, подавляющая количествомъ трудовъ, въ отношеніи качественномъ оставляетъ желать весь-

---

[1]) *Уже въ 50-хъ годахъ* R. v. M o h l *отзывается съ восторгомъ о теоретической разработкѣ вопросовъ административнаго права во Франціи. Такъ, въ своей* "Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften" M o h l *въ слѣдующихъ словахъ резюмируетъ все сказанное имъ по этому поводу:* "Kurz, man kann, wenn man anders unbefangen und gerecht genug ist, nicht umhin, hier den Franzosen die Palme zuzutheilen und sie als die Meister anzuerkennen" *(III, стр. 206), а тридцать лѣтъ спустя другой нѣмецкій ученый* O t t o M a y e r *констатируетъ высокую степень развитія и значительное вліяніе французскаго административнаго права, и, въ особенности, лучшей его части - административной юстиціи, на нѣмецкую доктрину.* (O. M a y e r, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, *введ.*).

ма и весьма многаго. Не безъ основанія Л а б а н д ъ иронически называетъ методъ, господствующій въ наукѣ публичнаго права, историко-философо-политическимъ, отожествляя его съ отсутствіемъ какого бы то ни было метода, вообще [1]). По словамъ S t o e r k 'a, въ курсахъ государственнаго и конституціоннаго права мы встрѣчаемся съ суверереннымъ господствомъ политической метафизики, съ фантастической игрою идеями публичнаго права, и - съ полнымъ отсутствіемъ отчеканенныхъ юридическихъ понятій, твердыхъ и устойчивыхъ юридическихъ категорій [2]).

Только въ послѣднее время, приблизительно начиная съ 70-хъ и особенно 80-хъ г.г., въ германской наукѣ публичнаго права зарождается новое - или, точнѣе, возрождается вновь старое и забытое - "юридическое направленіе", которое ставитъ себѣ цѣлью догматическую разработку положительнаго государственнаго права, созданіе догмы государственнаго права. Родоначальникомъ этого направленія является лейпцигскій профессоръ Carl Friedrich v. G e r b e r, его современные представители-L a b a n d, авторъ огромнаго классическаго труда: "Das Staatsrecht des deutschen Reiches", Jellinek, Georg Meyer, Zorn, Seydel, Rosin, Rehm и друг.

Основной принципъ этого направленія - исключеніе всякой философіи и всякой политики изъ области науки государственнаго права. Изъ расплывчатаго состоянія неопредѣленной и неограниченной науки государствовѣдѣнія (Staatskunde) государственное право должно перелиться въ твердыя, кристаллизированныя формы юридической дисциплины, - такова та цѣль, къ которой послѣдовательно и успѣшно стремится юридическая школа публичнаго права. Научная задача догматики опредѣленнаго позитивнаго права, говоритъ Л а б а н д ъ въ введеніи къ своему курсу, заключается въ конструированіи правовыхъ институтовъ, въ приведеніи отдѣльныхъ правовыхъ положеній къ общимъ принципамъ, въ дедукціи изъ этихъ принциповъ соотвѣтствующихъ выводовъ. Догматика есть работа чисто логическая. Всѣ и с т о р и ч е с к і я п о л и т и ч е с к і я и ф и л о с о ф с к і я

---

[1]) L a b a n d, Das Staatsr. d. deutsch. Reiches, *предисловіе ко 2-му изданію.*

[2]) S t o e r k. Zur Methodic des öff. Rechts, *стр. 51 и сл.*

р а з с у ж д е н і я, какъ бы они не были цѣнны an und für sich, для догматики опредѣленной правовой матеріи не имѣютъ значенія и часто служатъ лишь къ тому, чтобы скрыть недостатки конструктивной работы.

Поскольку въ вышеприведенныхъ словахъ заключается теоретическое обоснованіе самостоятельности задачъ и методы догматическаго изслѣдованія, постольку, разумѣется, они не вызываютъ и не могутъ вызвать никакихъ возраженій.

Опасной и неправильной представляется, однако, скрывающаяся въ нихъ несомнѣнная тенденція къ отожествленію догматическаго изслѣдованія, какъ такового, съ наукою права, вообще. Такая тенденція, проходящая красною нитью черезъ всю, вообще, современную германскую науку права, искажаетъ и умаляетъ значеніе этой науки.

Юристъ и догматикъ, наука права и догма - не синонимы. Юристъ остается юристомъ, изучая историческое происхожденіе дѣйствующаго права или отыскивая принципы законодательнаго совершенствованія его.

Исторія, догма и политика права - три одинаково необходимыхъ направленія науки права. Они постоянны и неизмѣнны постольку, поскольку постоянны и неизмѣнны тѣ цѣли, къ которымъ каждое изъ нихъ стремится.

Въ зависимости отъ характера и содержанія положительнаго права той или иной эпохи, той или иной страны, въ его разработкѣ преобладаетъ то исторія, то догма, то политика права. Вопросъ о такомъ преобладаніи является вопросомъ исторической, а не логической необходимости. И если въ настоящее время въ германской наукѣ государственнаго права преобладаетъ догматическое направленіе, то это свидѣтельствуетъ объ одномъ: современная Германія п о к а е щ е довольна своимъ публичнымъ правомъ; она хочетъ его з н а т ь, но м ѣ н я т ь его не хочетъ.

III. ИСТОРІЯ НАУКИ РУССКАГО ГОСУДАРСТВЕННАГО ПРАВА.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ объ исторіи науки русскаго государственнаго права, - нѣсколько словъ потому, что исторія этой науки весьма коротка.

Тѣ обстоятельства, которыя въ теченіе XVII и XVIII вв. препятствовали на Западѣ развитію науки государственнаго права, вліяли, а отчасти вліяютъ и теперь такимъ же образомъ, и у насъ. Къ нимъ присоединяется крайне низкій умственный уровень нашего общества XVII и XVIII вв., его индифферентизмъ къ вопросамъ государственной жизни. Поскольку у насъ существуетъ въ это время публицистическая литература, она имѣетъ политическій и полемическій характеръ. Вопросъ объ отношеніи государства къ Церкви, проповѣдь богоустановленности царской власти, защита самодержавія и его критика, вопросы внутренней политики - таковы излюбленныя темы московской публицистики, наиболѣе блестящими представителями которой являются- Никонъ, Иванъ Грозный, Курбскій, Крижаничъ, Котошихинъ и другіе.

Наука права импонируется къ намъ съ Запада съ возникновеніемъ въ 1755 г. перваго русскаго университета въ Москвѣ. Чужеземное растеніе, она долго не могла акклиматизироваться на нашей, слишкомъ суровой и безплодной почвѣ.

Первые наши ученые, выписанные изъ Германіи, незнакомые съ русской дѣйствительностью иностранцы, стараются насадить у насъ естественное право. Дильтей, первый профессоръ юриспруденціи въ Россіи, Скіаданъ, Финке, Шадъ и др. читаютъ естественное право по Вольфу, Неттальбладту, Канту, Шеллингу и др. По уставамъ Московскаго Университета 1755 и 1804 гг., Виленскаго (1803 г.), Харьковскаго (1804 г.) и Казанскаго (1804 г.) университетовъ - центральное мѣсто въ преподаваніи права на юридическихъ факультетахъ занимаетъ естественное право. О систематическомъ преподаваніи русскаго государственнаго права въ это время не можетъ быть и рѣчи, какъ по отсутствію соотвѣтственнымъ образомъ подготовленныхъ преподавателей, такъ равно по неизвѣстности и недостаточности положительнаго государственно-правового матеріала. У "позитивистовъ" - законоискусниковъ, - типическимъ представителемъ которыхъ является Гарюшкинъ, мѣсто государственнаго права занимаетъ "наука" о пи-

саніи дѣловыхъ бумагъ и, вообще, объ обрядностяхъ канцелярскаго дѣлопроизводства.

Несмотря на предпочтительное вниманіе, оказываемое русской наукой естественнаго права гражданскому праву по сравненію съ государственнымъ, въ эпоху реакціи, т.е. во вторую половину царствованія Александра I и въ царствованіе Николая I - естественное право подвергается всевозможнымъ - полицейскимъ и цензурнымъ гоненіямъ.

Наиболѣе выдающіеся дѣятели этой эпохи - кн.Голицынъ, Магницкій, позднѣе - графъ Уваровъ, - высказываются рѣшительнымъ образомъ за изгнаніе естественнаго права изъ русскихъ университетовъ. „ Наука естественнаго права, - пишетъ Магницкій, - сія метафизика права, несопредѣльная къ народному, публичному и положительному праву, есть изобрѣтеніе невѣрія новѣйшихъ временъ Сѣверной Германіи. Она всегда была опасна, но когда Кантъ посадилъ въ преторы, такъ наз. чистый разумъ, который вопросилъ истину Божію: „ что есть истина ? “ и вышелъ вонъ, тогда наука права естественнаго сдѣлалась умозрительною и полною системою всего того, что мы видѣли въ революціи французской на самомъ дѣлѣ... Она наноситъ святотатственные удары престоламъ царей, властямъ и таинствамъ супружескаго союза, подпиливаетъ въ основаніи сіи три столба, на коихъ лежитъ сводъ общественнаго здравія...

Я осмѣлюсь спросить : можетъ ли быть сія наука безвредной ? Должно ли опасаться , что наши университеты не могутъ обойтись безъ этой науки, положимъ, годъ, когда жили безъ нея и обходились древній Римъ 500 и Франція 800 лѣтъ ? “

Съ 20 - хъ годовъ преобладающее вліяніе на постановку у насъ преподаванія юридическихъ наукъ пріобрѣтаетъ , такъ называемая, историческая школа юристовъ.

Господство историческаго метода въ разработкѣ права объясняется, прежде всего, изданіемъ Свода и Полнаго Собранія Законовъ. Историческій характеръ Свода, самъ по себѣ, подсказываетъ мысль о необходимости историческаго изученія дѣйствующаго права. Независимо отъ этого, руководствуясь политическими соображеніями, правительство всякими способами старается обезпечить за исторической школой ис-

ключительное господство надъ русской наукой права. Изъ посвященія Морошкинымъ перевода книги Рейца гр. Уварову, мы узнаемъ, что министръ, въ стремленіи возвести русское просвѣщеніе къ источникамъ его самобытной силы, къ Православію, Самодержавію и Народности, заявилъ требованіе исторической методы и лично руководствовалъ преподавателей законовѣдѣнія въ приложеніи ея ко всѣмъ предметамъ юридическаго ученія. Нѣсколько позже, профессоръ Станиславскій въ своей книгѣ : „ О ходѣ законовѣдѣнія въ Россіи “ (стр. 60) упоминаетъ о данныхъ ему начертаніяхъ со стороны кн. Ширинскаго - Шахматова о преподаваніи юридическихъ наукъ въ духѣ исторической школы.

Для того, чтобы подготовить профессоровъ, проникнутыхъ благонамѣренностью историческаго направленія, молодые люди въ большомъ числѣ посылаются на казенный счетъ къ Савиньи въ Берлинъ. Въ числѣ этихъ лицъ мы встрѣчаемъ не мало именъ, впослѣдствіи ставшихъ болѣе или менѣе извѣстными въ наукѣ. Таковы : Благовѣщенскій, Орнатскій, Неволинъ, Крыловъ, Рѣдкинъ, Мейеръ, Осокинъ, Куницынъ и другіе. Наиболѣе выдающійся изъ нихъ - Неволинъ, обратившій на себя особенное вниманіе самого Савиньи, по возвращеніи изъ-заграницы, въ теченіе своей продолжительной академической дѣятельности въ значительной мѣрѣ способствовалъ торжеству историческаго направленія въ русской наукѣ права.

Сказаннымъ въ достаточной мѣрѣ объясняется, между прочимъ, и историческій характеръ разработки русскаго государственнаго права.

Несмотря на свою несомнѣнную односторонность, историческое направленіе является до сихъ поръ господствующимъ въ нашей наукѣ. Догматическое изслѣдованіе вопросовъ положительнаго государственнаго права встрѣчаетъ серьезныя препятствія въ недоступности для науки законодательныхъ работъ, рѣшеній судебно-административныхъ инстанцій, сборниковъ, циркуляровъ и распоряженій правительственныхъ мѣстъ, трудовъ всякаго рода правительственныхъ комиссій и т.д. и т.д. Трудно повѣрить, что только въ текущемъ году

положеніемъ Комитета Министровъ разрѣшено опубликованіе руководящихъ рѣшеній I-го Департамента Правительствующаго Сената. Трудно повѣрить, что такой драгоцѣнный для науки матеріалъ, какъ отчеты сенаторскихъ ревизій 1880 года и труды Комиссіи Ст.Секр. Каханова только въ послѣднее время начинаютъ мало-помалу, исподтишка и украдкой, эксплоатироваться изслѣдователями русскаго государственнаго права.

Съ другой стороны, самый характеръ нашего законодательства по вопросамъ государственнаго и административнаго права мало способствуетъ догматической его разработкѣ. Въ значительной части наше административное законодательство - вспомнимъ XIV т. Св.Зак., - является архаическимъ и безжизненнымъ, существующимъ, и исключительно - на бумагѣ. Новѣйшее же законодательство состоитъ, по преимуществу, изъ всякаго рода „временныхъ правилъ", вызванныхъ соображеніями цѣлесообразности и потребностями момента, и уже по одному этому не укладывается въ рамки строго догматической системы. Что касается политической разработки вопросовъ государственнаго права, предполагающей свободную и всестороннюю оцѣнку его институтовъ съ точки зрѣнія ихъ соотвѣтствія кореннымъ принципамъ современнаго правосознанія, то для такой разработки еще не приспѣло время.

Почти вся монографическая литература по вопросамъ государственнаго права до сихъ поръ носитъ исключительно историческій характеръ. Укажемъ, для примѣра, на монографіи Дьяконова - „О происхожденіи самодержавія", Романовича-Славатинскаго - „О дворянствѣ", Дитятина - „О городскихъ сословіяхъ", Энгельмана - „О крестьянствѣ", Знаменскаго - „О духовенствѣ", Градовскаго - „О центральномъ управленіи", Лохвицкаго, Андреевскаго, Чичерина - „О мѣстномъ самоуправленіи", и т. п.

Только въ послѣднее время, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ господствующаго въ настоящее время въ Германіи „юридическаго направленія", въ области публичнаго права и у насъ начинаютъ появляться курсы или системы государственнаго права, имѣющіе строго догматическій характеръ.

Если курсъ Андреевскаго стоитъ еще всецѣло на точкѣ зрѣнія исторической школы, а курсъ Градовскаго пытается совмѣстить историческій методъ съ догматическимъ, то курсы Коркунова, Алексѣева, Куплеваскаго, Ивановскаго и др. имѣютъ ис-

ключительно или преимущественно догматическій характеръ.

Вопросъ о преобладаніи метода изслѣдованія въ области общественныхъ наукъ является вопросомъ исторической, а не логической необходимости. Въ зависимости отъ характера и содержанія положительнаго права страны, въ его разработкѣ преобладаетъ то историческій, то политическій, то догматическій методъ.

Русское государственное право уже миновало стадію „ историческаго метода “, въ болѣе или менѣе близкомъ или отдаленномъ будущемъ оно необходимо вступитъ въ періодъ преобладанія политическаго метода и, только затѣмъ, наступитъ время успѣшной и плодотворной догматической его разработки.

Литература. - Благовѣщенскій, Историческій методъ законовѣдѣнія. Ж.М.Н.П. 1835 г., кн.VII; Станиславскій, „ О ходѣ законовѣдѣнія въ Россіи “; Bunge, Versuch einer Geschichte des Studiums und der Literatur des Russisch. Rechts und der Rechtswissenschaft überhaupt въ Mittermaier's Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 1828. Неволинъ, Энциклопедія законовѣдѣнія, т. II.; Шершеневичъ, Наука гражданскаго права въ Россіи; Коркуновъ, Исторія философіи права; курсы Алексѣева, Куплеваскаго и др.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ГОСУДАРСТВА.

Литература. - Gierke. Das deutsche Genossenschaftsrecht; Онъ же, Johannes Althusius; Rehm , Allgemeine Staatslehre; Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen; Онъ же, Das Recht des modernen Staates, т.I; Hauche, Bodin, eine Studie über den Begriff der Souveränität; Dock, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Fridrich dem Grossen; Онъ же, Revolution und Restauration über die Souveränität. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrecht (изд. 1880 г.); Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches; Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte; его же Das Recht des modernen Staates, т.I. См. также примѣчанія.

1.

Постановка вопроса.

Приступая къ изученію общаго ученія о государствѣ, необходимо сначала указать на тѣ вопросы, которые разрабатываются этой дисциплиной. Сюда относятся: опредѣленіе государства, какъ такового, ученіе объ элементахъ государства, т. е. ученіе о территоріи, населеніи и государственной власти и, наконецъ, ученіе о формахъ государственнаго устройства.

Самымъ важнымъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, самымъ труднымъ и спорнымъ является вопросъ объ отличительныхъ и существенныхъ признакахъ государства, какъ такового, — признакахъ, отличающихъ его отъ другихъ территоріальныхъ организованныхъ союзовъ. Общепризнаннаго рѣшенія этого вопроса нѣтъ. Еще недалеко то время, когда такимъ признакомъ считался суверенитетъ, понимаемый, какъ верховенство государственной власти. Абсолютная независимость отъ какой бы то ни было власти является, согласно этой теоріи, необходимымъ условіемъ бытія государства. Пока суверенитетъ считался отличительнымъ признакомъ государства, опредѣленіе послѣдняго не встрѣчало затрудненій. Государство - это территоріальный союзъ, власть котораго суверенна.

Такое опредѣленіе было господствующимъ вплоть до образованія Сѣверо-Германскаго Союза (1866 - 67) и Германской Имперіи (1870). Въ этомъ случаѣ жизнь создаетъ политическія образованія, отнюдь не укладывающіяся въ рамки суверенаго государства. Несомнѣнно, что союзная власть суверенна, ибо надъ Германской имперіей нѣтъ высшей власти. Но какъ конструировать положеніе входящихъ въ составъ имперіи отдѣльныхъ государствъ, признавая суверенитетъ отличительнымъ признакомъ государства. О независимости ихъ не можетъ быть и рѣчи. Цѣлый рядъ вопросовъ изъятъ изъ ихъ компетенціи и подлежитъ вѣдѣнію союзной власти.

Конструировать эти государства, какъ провинціи еди-

наго децентрализованнаго государства совершенно невозможно, такъ какъ государственная природа ихъ внѣ всякаго сомнѣнія.

Отсюда возникаетъ потребность въ пересмотрѣ традиціоннаго ученія объ отличительныхъ признакахъ государства. Этотъ пересмотръ стоилъ огромнаго труда и до сихъ поръ еще не законченъ. Опредѣленіе государства продолжаетъ служить источникомъ многочисленныхъ контроверзъ.

2.

Теорія суверенитета.

I. Историческое развитіе понятія суверенитета.

Понятіе верховной власти, или суверенитета, классической древности неизвѣстно. По Аристотелю отличительнымъ признакомъ государства является а в т а р к і я (самодовленіе), т. е. такое свойство государства, въ силу котораго оно въ самомъ себѣ находитъ всѣ средства, необходимыя для осуществленія имъ своего назначенія, не нуждаясь въ содѣйствіи какого-либо другого, равнаго ему или высшаго общенія.

Международная изолированность классическаго государства, съ одной стороны, отсутствіе въ немъ какой либо другой публично-правной власти, кромѣ власти самого государства, или иными словами, исключительность государственнаго властвованія, съ другой, - дѣлаютъ излишнимъ самое понятіе в е р х о в н о й, т. е. независимой и высшей, суверенной власти.

Понятіе это ведетъ свое происхожденіе отъ среднихъ вѣковъ.

Въ исторіи политическихъ идей суверенитетъ, съ самаго начала, является не отвлеченной категоріей схоластики, а б о е в ы м ъ п р и н ц и п о м ъ, орудіемъ королевской политики. Не въ уединенной кельѣ монастыря,

а въ королевскомъ совѣтѣ родилось это слово; оно родилось въ борьбѣ королевской власти съ тремя могучими врагами государственной идеи : папствомъ, имперіей и феодализмомъ.

Борьба эта достигаетъ наибольшаго напряженія во Франціи ; именно потому, во Франціи мы встрѣчаемъ впервые научную формулировку суверенитета. Независимость отъ имперіи и папства, внѣшняя абсолютная свобода - таково первоначальное содержаніе суверенитета. Уже въ XIV вѣкѣ, во Франціи universitates, quae superiorem non recognoscunt рѣзко противополагаются universitates superiorem recognoscentes и только первые признаются государствами - respublica - въ собственномъ смыслѣ этого слова (Іоаннъ Парижскій, Марсилій Падуанскій, въ XV ст. Paulus Coctrensis и мн. др.[1])

Въ этомъ своемъ значеніи суверенитетъ является, по выраженію Jellinek'a, п о л е м и ч е с к и м ъ п о н я т і е м ъ . Теоріей суверенитета французскіе короли отвѣчаютъ на теорію всемірной монархіи императоровъ и папъ.[2]) Съ усиленіемъ королевской власти, съ постепеннымъ торжествомъ государственной идеи надъ феодализмомъ, понятіе суверенитета переносится и въ область внутренняго, государственнаго права.

Еще въ XIII вѣкѣ суверенитетъ, на равномъ правѣ, принадлежитъ королю и его баронамъ: каждый баронъ -суверенъ въ своей бароніи. По ленному праву, homines baronum non sunt homines ipsius regis. Король - primus inter pares. Souveraineté seigneuriale, Landeshoheit германскаго права позднѣйшей эпохи противополагается суверенитету короля, souveraineté royale.

И однако, уже въ эту эпоху теорія начинаетъ суверени-

---

[1]) Gierke. Genossenschaftsrecht, *III, стр. 638 и сл.*; Rehm. Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, *стр. 194*; Jellinek. Das Recht des mod. Staates, *I, стр. 404 и сл.*

[2]) *Въ 1303 г. Бонифацій VIII пишетъ:* „Nec insurgat hic superbia Gallicana, quae dicit quod non recognoscit Superiorum; mentiuntur quia de jure sunt et esse debent sub Rege Romano et Imperatore".

тетъ короля ставитъ надъ суверенитетомъ бароновъ (Beaumanoir, Durantis). Каждый баронъ, по словамъ Beaumanoir'а суверенъ; но король суверенъ надо всѣми. Мало-по-малу, съ увеличеніемъ притязаній королевской власти, суверенитетъ изъ сравнительной степени болѣе высокой власти (superioritas) „превращается въ превосходную степень в ы с ш е й в л а с т и" = summa potestas.

Въ первую половину XVI вѣка, т.е. въ эпоху еще живой, но уже умирающей сословной монархіи, - суверенитетъ означаетъ абсолютный характеръ королевской власти, не допускающей, повидимому, существованія рядомъ съ нею какихъ бы то ни было ограничивающихъ ее публично-правныхъ властей. Однако, до тѣхъ поръ, пока еще живутъ „права и вольности" отдѣльныхъ сословій, принадлежащія имъ по с о б с т в е н н о м у праву, пока процессъ монополизаціи публично-правной власти государствомъ не завершился окончательно и безповоротно, суверенитетъ, въ дѣйствительности, сохраняетъ значеніе с р а в н и т е л ь н о в ы с ш е й государственной власти - высшей по сравненію съ другими н е г о с у д а р с т в е н н ы м и публично-правными властями.

Итоги средневѣкового ученія о суверенитетѣ подводятся Воденомъ въ его знаменитомъ опредѣленіи государства: „Государство есть право управленія съ верховной властью (puissance souveraine, summa potestas) многими семьями и тѣмъ, что является для нихъ общимъ (Six livres de la Republique 1576). Подъ суверенитетомъ Воденъ понимаетъ, прежде всего, независимость г о с у д а р с т в а въ международныхъ отношеніяхъ и, затѣмъ, абсолютизмъ королевской власти въ отношеніяхъ государственнаго права.

Изъ сказаннаго ясно, что въ средневѣковой литературѣ подъ суверенитетомъ понимается опредѣленное свойство г о с у д а р с т в е н н о й власти, какъ таковой - ея верховный характеръ.

Суверенитетъ разсматривается доктриной, какъ необходимый аттрибутъ государства.

Правда, по общему правилу онъ приписывается королю; но средневѣковой король можетъ съ полнымъ основаніемъ сказать о себѣ: „L'état c'est moi" не потому, что онъ неограниченъ и всесиленъ, а потому, что онъ - и только онъ -олицетворяетъ собою идею государства, являясь носителемъ публично-правной г о-

с у д а р с т в е н н о й в л а с т и, въ противоположность баронамъ и общинамъ,- „коллективнымъ баронамъ", по выраженію Гирке,- носителямъ такой же публично-правной, но не государственной и даже антигосударственной власти.

Разсматриваемый съ международной точки зрѣнія, суверенитетъ означаетъ н е з а в и с и м о с т ь государства отъ другихъ государствъ. Та власть признается суверенной, которая сохраняетъ независимость въ международныхъ отношеніяхъ.

Съ точки зрѣнія внутренняго государственнаго права, суверенитетъ средневѣковой доктрины означаетъ превосходную степень власти,- summum imperium,- высшую власть государства въ длинномъ ряду существующихъ въ государствѣ публично- правныхъ негосударственныхъ властей.

Изъ двухъ указанныхъ значеній суверенитета, первое остается неизмѣннымъ въ исторіи политическихъ ученій.

Какъ ни мѣняется, впослѣдствіи, понятіе суверенитета,- всегда и вездѣ н е з а в и с и м о с т ь остается существеннымъ и необходимымъ его моментомъ. Власть, лишенная этого свойства, хотя бы она и обладала всѣми правомочіями суверенной власти, не признается - ни теоріей, ни практикой - суверенной, въ истинномъ и полномъ смыслѣ этого слова. Такъ, напр., Kreittmayr (Grundriss des allgemeinen Deutschen und Bayrischen Staatsrechtes, 1769) признаетъ за имперскими чинами majestas analoga въ противоположность majestas vera. I.I.Moser (Europäisches Völkerrecht, 1777), отожествляя суверенитетъ съ независимостью, впервые даетъ зависимымъ государствамъ получившее широкую популярность названіе п о л у с у в е р е н н ы х ъ государствъ. В п о л н ѣ с у в е р е н н ы м ъ является, по его словамъ, лишь то государство, которое пользуется независимостью, т.е. въ свѣтскихъ дѣлахъ не подчиняется никакому другому государству или господину. Полусуверенными называются государства, которыя, подчиняясь во многихъ отношеніяхъ дѣйствительному и настоящему господину (Oberhaupt), стоящему надъ ними, называются, однако, въ несобственномъ, вульгарномъ смыслѣ (im uneigentlichen und weitläuftigeren Verstand) суверенными, такъ какъ они обладаютъ многими и значительными правомочіями величества (Majestäts Gerechtsame), которыя, вообще, принадлежатъ только независимымъ господамъ и государствамъ.

Какъ справедливо замѣчено Rehm'омъ, практика международ-

ныхъ отношеній XIX в. (языкъ международныхъ договоровъ) всегда и неуклонно признаетъ независимость необходимымъ моментомъ въ понятіи „полнаго", „цѣльнаго", „абсолютнаго" суверенитета (Rehm, Allgemeine Staatslehre, 54). Равнымъ образомъ, современная (германская) теорія государственнаго права, въ лицѣ ея наиболѣе выдающихся представителей: Лабанда, Іеллинека, Рема и др., считаетъ необходимымъ и существеннымъ свойствомъ суверенной государственной власти - ея независимость отъ какой бы то ни было другой г о с у д а р с т в е н н о й власти, стоящей надъ нею.

Безусловно независимая свѣтская территоріальная власть, говоритъ Ремъ, - таково основное значеніе (. Grundbedeutung) суверенитета современнаго права.

Переходя ко второму, внутренне-государственному значенію суверенитета, необходимо прежде констатировать чрезвычайно сложную и путанную его эволюцію въ исторіи политическихъ ученій.

Къ понятію суверенитета, - называемому, не безъ основанія, Прейсомъ, - Протеемъ юриспруденціи, - болѣе, чѣмъ къ какому иному примѣнимы слова Laurent'a: „Les mots sont plus durables, que les choses qu'ils représentent, ils se perpetuent, mais pour exprimer des idées nouvelles, des nouvelles institutions produit d'une nouvelle société".

Само собой разумѣется, что понятіе суверенитета, какъ высшей публично-правной власти, принадлежащей государству, имѣетъ опредѣленное содержаніе и смыслъ лишь до тѣхъ поръ, пока въ государствѣ существуютъ другія, н и з ш і я публично-правныя власти, принадлежащія не г о с у д а р с т в у, а инымъ коллективнымъ или индивидуальнымъ субъектамъ.

Какъ извѣстно, абсолютному государству XVII и XVIII вв. удалось осуществить великую и трудную задачу монополизаціи публично-правной власти. Въ новомъ государствѣ публично-правная власть принадлежитъ исключительно и всецѣло государству; другіе союзы могутъ осуществлять ее не иначе, какъ по делегаціи государства. Отъ такихъ союзовъ государство отличается тѣмъ, что ему - и только ему - принадлежитъ публично-правная власть по собственному праву. При такихъ условіяхъ примѣнимо ли, вообще, понятіе суверенитета, въ средневѣковомъ смыслѣ этого слова, къ новому, вообще, и въ частности, къ современному государству?

Конечно нѣтъ.

Если публично-правная власть принадлежитъ исключительно и т о л ь к о государству, она не можетъ быть в ы с ш е й в л а с т ь ю. Превосходная степень необходимо предполагаетъ наличность нѣсколькихъ объектовъ сравненія. Государственная власть одна; называя ее высшей властью, мы ничего къ ея характеристикѣ не прибавляемъ.

Отсюда выводъ: въ новомъ, окончательно сложившемся государствѣ, суверенитетъ, какъ с в о й с т в о г о с у д а р с т в е н н о й в л а с т и, можетъ имѣть лишь одно международное значеніе: значеніе н е з а в и с и м о й власти, независимой отъ другихъ т а к и х ъ ж е г о с у д а р с т в е н н ы х ъ властей.

Во второй половинѣ XVII в., послѣ Вестфальскаго мира, германская публицистика, дѣйствительно, отождествляетъ суверенитетъ съ независимостью. Суверенитетъ и независимость употребляются какъ однозвучащія, замѣняющія другъ друга понятія. I. I. Мозеръ, напримѣръ, въ своемъ трудѣ "Von der Landeshoheit überhaupt" опредѣляетъ суверенитетъ, какъ независимость въ свѣтскихъ дѣлахъ [1]).

Такое словоупотребленіе не удерживается, однако, въ публицистической литературѣ. Уже со времени Бодена понятіе суверенитета, съ внутренне-государственной точки зрѣнія, пріобрѣтаетъ два существенно новыхъ значенія.

Во 1-хъ, суверенитетъ означаетъ свойство, характеризующее не государство вообще, а лишь одинъ изъ его органовъ, а именно в ы с ш і й о р г а н ъ государственной власти. Наряду съ с у в е р е н и т е т о м ъ г о с у д а р с т в а, возникаетъ понятіе о с у в е р е н и т е т ѣ въ государствѣ, - возникаютъ два понятія суверенитета: суверенитетъ государства-Staatssouveränetät, и суверенитетъ органа - Staatsorganssouveränetät. Подъ суверенной властью понимается верховная власть государства и верховный органъ государственной власти.

---

[1]) *Рем. I с., стр. 50 и сл.*

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ ГОСУДАРСТВА". Проф. В. М. Гессенъ.
Изданіе Студ. Кассы Взаимопомощи при СПБ. Политехн. Институтѣ.
Типо-литографія И. Трофимова, СПБ. Можайская, 3. Л. 4.

Въ тѣсной связи съ указаннымъ значеніемъ суверенитета стоитъ другое, равнымъ образомъ, историческаго происхожденія. Понятіе суверенитета употребляется не только для обозначенія опредѣленнаго с в о й с т в а государственной власти, но какъ с и н о н и м и ч е с к о е обозначеніе государственной власти вообще. Суверенитетъ отождествляется съ государственной властью. Отдѣльныя правомочія государственной власти разсматриваются какъ положительное содержаніе понятія суверенитета, какъ права и преимущества суверенной или - что то же - государственной власти (Souveränitätsrechte).

И первое и второе пониманіе суверенитета возникаетъ и развивается одновременно и параллельно съ возникновеніемъ и развитіемъ новаго государства. Разсмотримъ каждое изъ этихъ пониманій отдѣльно.

В ъ средніе вѣка суверенитетъ понимается доктриной, какъ извѣстный аттрибутъ к о р о л е в с к о й власти. Суверенитетъ - Summum imperium короля. Но король средневѣковой доктрины - не органъ государства, а само государство. Верховность королевской власти есть ни что иное, какъ верховность г о с у д а р с т в е н н о й власти, по сравненію съ другими, публично-правными, но не государственными властями.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что на почвѣ средневѣковаго ученія о государствѣ никоимъ образомъ не могло установиться различіе между суверенитетомъ органа и суверенитетомъ самого государства. Даже Боденъ и позднѣйшіе абсолютисты XVII вѣка, отождествляя суверенитетъ съ абсолютизмомъ королевской власти, понимаютъ подъ нимъ опредѣленное свойство государственной власти вообще, ея и с к л ю ч и т е л ь н о с т ь , не допускающую дѣленія публично-правной власти между государствомъ и другими публично-правными субъектами. Абсолютизмъ власти - королевской (Гоббсъ), парламента (Блэкстонъ), народа (Руссо) - есть ни что иное, какъ юридическая формула для обозначенія историческаго факта: монополизаціи публично-правной власти государствомъ.

Первую попытку, весьма, впрочемъ, несовершенную разграниченія понятій государственнаго и королевскаго суверенитета дѣлаетъ Гуго Гроній въ своемъ знаменитомъ трактатѣ: "De jure belli ac pacis, различая Sub ektum summae majestatis народъ отъ Subjectum proprium-короля; majestas realis народа отъ majestas personalis короля. Только впослѣдствіи, въ эпоху борьбы между

абсолютной и конституціонной монархіей, съ полной опредѣленностью высказывается истинный характеръ королевскаго суверенитета, какъ суверенитета органа (Organssouveränetät), а не государства (Staatssouveränetät). Какъ абсолютисты, доказавшая несовмѣстимость ограниченій королевской власти съ ея суверенитетомъ, такъ равно конституціоналисты, доказавшая совершенную возможность такихъ ограниченій - aliud est restringere potestatem suam, aliud diminuere (Томазій), - понимаютъ подъ суверенитетомъ не опредѣленное свойство государственной власти, а опредѣленное свойство королевской власти, какъ таковой-свойство, получившее позднѣе въ германской публицистикѣ названіе "монархическаго принципа". Въ современной германской литературѣ публичнаго права понятіе суверенитета удерживаетъ двоякое значеніе: во 1-хъ, свойства, характеризующаго государственную власть; во 2-хъ, свойства, характеризующаго положеніе высшаго въ государствѣ органа власти.

Суверенитетъ означаетъ, прежде всего, в е р х о в н о с т ь государственной власти. Суверенное государство - государство, власть котораго имѣетъ верховный характеръ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, подъ суверенной властью понимается высшая в ъ г о с у д а р с т в ѣ власть одного органа, - высшая, по сравненію съ другими, ему подчиненными органами власти.

Оба значенія суверенитета, по существу, совершенно различны. Мы видѣли выше, что необходимымъ аттрибутомъ суверенной государственной власти является независимость государства отъ другихъ государствъ. Эта независимость - аттрибутъ суверенаго государства, а отнюдь не его суверенаго органа. И наоборотъ, безотвѣтственность, напримѣръ, - аттрибутъ суверенаго органа (Summa sedes a nemine judicatur), а не суверенаго государства. Государство независимо, монархъ - безотвѣтственъ. Смѣшеніе суверенитетовъ также невозможно, какъ смѣшеніе ихъ аттрибутовъ. Въ каждомъ государствѣ необходимо, конечно, имѣется высшій (суверенный) органъ государственной власти: король, король въ парламентѣ, парламентъ, или, наконецъ, народное собраніе (Landsgemeinde). Но этимъ, однако, нисколько не предрѣшается вопросъ о суверенномъ характерѣ власти самого государства. Если допустить возможность существованія не пользующихся независимостью, т.е. несуверенныхъ государствъ, - а, какъ мы увидимъ ниже, такое допущеніе является безусловно необходимымъ, - то окажется, что высшій въ государствѣ, т.е. с у-

в е р е н н ы й о р г а н ъ я в л я е т с я и н о г д а н о с и т е л е м ъ н е с у в е р е н н о й в л а с т и И въ несуверенномъ государствѣ есть суверенный органъ. Лучшее доказательство того, что "суверенитетъ органа" и "суверенитетъ государства" - два, по существу, различныхъ понятія.

Намъ остается разсмотрѣть третье и послѣднее значеніе суверенитета, указанное выше, а именно: значеніе с и н о н и м а государственной власти вообще. Уже Боденъ, не смотря на то, что подъ суверенитетомъ онъ понимаетъ опредѣленное, отрицательное с в о й с т в о государственной и королевской власти - независимость первой и абсолютизмъ второй, - вмѣстѣ съ тѣмъ, пытается, однако, дать суверенитету положительное содержаніе, считая таковымъ совокупность конкретныхъ правомочій государственной, - или, точнѣе, королевской власти, и именно-тѣхъ правомочій, которыми въ его время пользовался французскій король [1]).

Равнымъ образомъ и Гоббсъ и Локкъ, опредѣляя положительное содержаніе суверенной власти, имѣютъ въ виду конкретныя права и преимущества англійской короны, содержаніе, такъ называемой, королевской прерогативы: первый до революціи 1688 г., а второй послѣ нея.

Само собою разумѣется, что во всѣхъ попыткахъ опредѣленія положительнаго содержанія суверенитета, понятіе это имѣетъ значеніе не о п р е д ѣ л е н н а г о с в о й с т в а государственной власти, а государственной власти вообще. Суверенитетъ въ этомъ смыслѣ является формулой механической концепціи государственной власти, какъ аггрегата опредѣленныхъ законодательныхъ и правительственныхъ функцій. Верховная власть синонимъ государственной власти.

Такое пониманіе суверенитета становится мало-по-малу господствующимъ во французской и весьма распространеннымъ въ германской литературѣ публичнаго права. Что касается Франціи, то здѣсь пониманіе это объясняется тѣмъ, что, имѣя своимъ исключительнымъ объектомъ простое и единое государство (Einheitstaat), французское публичное право, не останавливается вовсе на выясненіи спеціальнаго, техническаго значенія суверенитета, какъ в ы с ш е й, т.е. независимой государственной власти.

---

[1]) *Право законодательства, войны и мира, назначенія должностныхъ лицъ, и т.д.*

Въ германской литературѣ оно объясняется тѣмъ, что, оставаясь вѣрной традиціонному ученію о суверенитетѣ, какъ н е о б х о д и м о м ъ признакѣ государства, германская публицистика стремится вмѣстѣ съ тѣмъ, доказать государственный характеръ з а в и с и м ы х ъ государствъ, напримѣръ, членовъ союзнаго государства, необладающихъ суверенитетомъ въ спеціальномъ и техническомъ значеніи этого слова.

Ученіе о п о л у с у в е р е н н ы х ъ государствахъ, ведущее свое начало отъ I.I.Мозера, или о государствахъ съ д ѣ л е н н ы м ъ, уменьшеннымъ, ограниченнымъ с у в е р е н и т е т о м ъ (Waitz), возникаетъ именно на почвѣ отождествленія суверенитета съ государственной властью, понимаемой, какъ совокупность опредѣленныхъ правъ, или публично-правныхъ функцій. Полусуверенное государство современной доктрины -государство, обладающее не всѣми правами государственной власти, а нѣкоторыми изъ нихъ - ихъ "половиной".

Подведемъ итоги.

Историческимъ происхожденіемъ понятія суверенитета объясняется троякое его значеніе въ современной литературѣ публичнаго права [1]).

Суверенитетъ означаетъ, прежде всего, опредѣленное свойство государственной власти, ея н е з а в и с и м о с т ь. Верховная власть - независимая государственная власть. Независимая власть есть въ то же время высшая власть, но высшая не въ смыслѣ средневѣковой доктрины, т.е. не по сравненію съ другими негосударственными публично-правными властями, находящимися въ государствѣ. О таковомъ сравненіи въ современномъ государствѣ не можетъ быть и рѣчи. Для подданныхъ независимая государственная власть является высшей, именно потому, что она независимая, и что, слѣдовательно, никакая другая государственная власть, т.е. власть другого государства, не можетъ - ни посредственно, ни непосредственно - господствовать надъ ними.

Съ этой точки зрѣнія, независимость и верховность не два

---

[1]) *Съ такимъ же троякимъ значеніемъ суверенитета мы встрѣчаемся въ офиціальномъ языкѣ конституцій, законовъ и договоровъ. Объ этомъ см.* Rehm, Allgemeine Staatslehre, *стр. 54 и сл., стр. 58 и сл.*

различныхъ свойства суверенной власти, а два различныхъ обозначенія одного и того же свойства. Независимая власть не можетъ не быть высшей, высшая - независимой [1]). Весьма распространенная въ современной литературѣ государственнаго и международнаго права (Гефтеръ, Нейманъ, Партманъ, Папфль и друг.) теорія, допускающая существованіе двухъ суверенитетовъ, международнаго и государственно-правового, не выдерживаетъ критики [2]).

Въ другомъ своемъ значеніи суверенитетъ является свойствомъ не государственной власти, вообще, а одного изъ органовъ власти, высшаго въ государствѣ, по сравненію съ другими органами. Въ этомъ смыслѣ говорятъ о верховной власти короля, парламента, народа (Fürsten-souveränetät, Volkssouveränetät). Въ абсолютномъ государствѣ монархъ является высшимъ (сувереннымъ) органомъ, потому, что онъ стоитъ надъ другими, ему подчиненными органами власти.

Оба значенія суверенитета, исторически тѣсно другъ съ другомъ связанныя, но, по существу, ничего общаго между собою не

---

[1]) *Іеллинекъ, опредѣляя суверенитетъ, какъ независимую и высшую власть, полагаетъ, что первый признакъ проявляется во внѣшнихъ сношеніяхъ суверенного государства съ другими державами, а второй - въ сравненіи суверенного государства съ другими, ему подчиненными личностями:* im Vergleiche mit den ihm eingeordneten Persönlichkeiten. Das Recht des mod. Staates, *I стр. 432. Выше мы указали, что, по отношенію къ современному государству такое сравненіе не можетъ имѣть мѣста. Съ этимъ, казалось бы, долженъ согласиться Іеллинекъ, такъ какъ и онъ признаетъ публично-правную власть монополизированной современнымъ государствомъ. Если считать независимость и верховность двумя признаками суверенитета, то ихъ неразрывность, на которой настаиваетъ Іеллинекъ, остается недоказанной.*

[2]) Iellinek. Die Lehre von den Staatenverbindungen, *стр. 22 и сл.*

имѣющія,[1]) настолько вошли во всеобщее употребленіе, что рѣшительно не представляется возможнымъ отказаться отъ одного изъ нихъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, нужно помнить, что весьма опасно и нежелательно смѣшеніе и отождествленіе этихъ понятій. Ученіе о суверенитетѣ до тѣхъ поръ будетъ представлять изъ себя непроходимый лабиринтъ безчисленныхъ контроверзъ и недоразумѣній, пока терминологія въ этой области не будетъ установлена на прочныхъ и непоколебимыхъ основахъ.

Въ третьемъ и послѣднемъ своемъ значеніи, суверенитетъ, какъ указано выше, является синонимомъ государственной власти. Мы говоримъ о правомочіяхъ, или, точнѣе, функціяхъ (законодательной, правительственной и судебной) верховной власти, вмѣсто того, чтобы говорить, какъ это правильнѣе, - о правомочіяхъ или функціяхъ власти государственной. По справедливому замѣчанію Іеллинека, во французской и англійской литературѣ такое словоупотребленіе является почти неизбѣжнымъ, такъ какъ здѣсь отсутствуетъ спеціальный, технический терминъ для обозначенія государственной власти, какъ таковой [1]). Rehm въ своей "Allgemeine Staatslehre" различаетъ, равнымъ образомъ, суверенитетъ, въ собственномъ смыслѣ этого слова, подъ которымъ понимаетъ безусловную н е з а в и с и м о с т ь свѣтской власти; суверенитетъ въ государственно-правовомъ смыслѣ слова, какъ синонимическое обозначеніе г о с у д а р с т в е н н о й в л а с т и, вообще, и, наконецъ, суверенитетъ органа (Staatsorgansouveränität), какъ обозначеніе юридической природы высшаго въ государствѣ органа власти. Іеллинекъ справедливо указываетъ, что германскому юристу слѣдовало бы избѣгать отождествленія суверенитета съ государственной властью, ибо, для обозначенія послѣдней, языкъ германскаго публичнаго права имѣетъ вполнѣ опредѣленный технический терминъ - "Staats - gewalt".

Замѣчаніе Іеллинека вполнѣ примѣнимо и къ русской публицистической литературѣ. Понятіе верховной власти - въ смыслѣ власти государства и власти органа, слишкомъ укоренилось въ

---

[1]) Mit dem Begriffe des Monarchenrechts steht der Begriff der Souveränität in gar keiner Relation (Gerber, Grundzuge des deutschen Staatsrechts. *3 изд., стр.22 и сл.*

[2]) Jellinek. Das Recht, d.mod.St., *т.I, стр.431, прим.3.*

нашемъ научномъ и обыденномъ языкѣ для того, чтобы можно было отъ него отказаться. Но и намъ слѣдовало бы воздерживаться отъ отождествленія в е р х о в н о й власти съ г о с у д а р с т в е н н о й, отождествленія, которое въ германской литературѣ публичнаго права явилось первоисточникомъ многихъ заблужденій (теорія дѣленнаго суверенитета, полусуверенныхъ государствъ), поставившихъ проблему суверенитета на ложный и безвыходный путь.

3.

ТЕОРІЯ СУВЕРЕНИТЕТА (ПРОДОЛЖЕНІЕ).

2. *Суверенитетъ, какъ свойство государственной власти.*

Верховная власть - независимая государственная власть. Необходимо, однако, замѣтить, что, говоря о суверенитетѣ, мы отнюдь не имѣемъ въ виду ф а к т и ч е с к о й или м а т е р і а л ь н о й независимости государства отъ другихъ государствъ. О такой фактической независимости могли еще говорить французскіе юристы среднихъ вѣковъ, доказывая суверенитетъ французской короны. Въ настоящее время о ней не можетъ быть рѣчи. Современное государство не стоитъ внѣ международнаго союза, подобно тому, какъ французское королевство XV и XVI вв. стояло, или, точнѣе, теоретически должно было стоять внѣ Священной Римской имперіи. Современные народы живутъ одною жизнью; они зависятъ другъ отъ друга, и эта зависимость становится съ каждымъ годомъ разностороннѣй и тѣснѣй. По справедливому замѣчанію Лоримера l'interdépendence des états progressifs est nécessairement progressive. Въ настоящее время суверенитетъ является не матеріальнымъ понятіемъ силы, а чисто ф о р м а л ь н ы м ъ понятіемъ права. Прежде изъ-за суверенитета воевали короли; теперь о немъ спорятъ профессора. Прежде, для того, чтобы отстоять его, не жалѣли крови, теперь для того, чтобы объяснить его, не жалѣютъ чернилъ. Когда король Фридрихъ Вильгельмъ I въ борьбѣ съ феодальными притязаніями знати, воскликнулъ: "Я укрѣпилъ, подобно бронзовой скалѣ, свой суверенитетъ", онъ хорошо, конечно, зналъ, безъ вся-

кихъ изысканій и размышленій, о чемъ онъ говоритъ. Суверенитетъ представлялся ему чѣмъ-то вполнѣ м а т е р і а л ь н ы м ъ, видимымъ и осязаемымъ, крѣпкимъ, какъ скала, и блестящимъ, какъ бронза.

Въ настоящее время понятіе суверенитета является наиболѣе спорнымъ въ теоріи и туманнымъ на практикѣ изъ всѣхъ, вообще, основныхъ понятій публичнаго права. Только въ послѣднее время, благодаря трудамъ германскихъ публицистовъ, такъ называемой, юридической школы и, главнымъ образомъ, Іеллинека, выясняется, въ большей или меньшей степени, истинное содержаніе и, вмѣстѣ съ тѣмъ, чисто формальный характеръ этого понятія.

Независимость суверенной или верховной власти заключается въ томъ, что она не знаетъ надъ собой другой, высшей власти, которая могла бы, по собственному праву, обязывать и направлять ея волю. Суверенное государство само является источникомъ всѣхъ своихъ обязанностей и правъ, какъ государственнаго, такъ и международно-правового характера. Не слѣдуетъ отождествлять суверенитета власти съ неограниченностью ея. Суверенитетъ или верховная власть не можетъ быть ограничена д р у г о ю, высшею властью, но, путемъ договора или закона, она можетъ ограничить самое себя. Суверенитетъ (верховность), по вѣрному опредѣленію Іеллинека, есть право и с к л ю ч и т е л ь ч а г о самоопредѣленія, или самообязыванія власти. И с к л ю ч и т е л ь н о с т ь самоопредѣленія - отличительный признакъ верховной власти. Съ о б ъ е м о м ъ державныхъ правъ суверенитетъ ничего общаго не имѣетъ.

Въ какомъ бы значительномъ объемѣ ни усѣкались державныя права государства, какія бы обязанности ни лежали на немъ, если эти обязанности основаны и с к л ю ч и т е л ь н о на волевомъ актѣ самого государства, на договорѣ или законѣ, - государство остается независимымъ, оно сохраняетъ в п о л н ѣ суверенный характеръ. И наоборотъ, если даже о д н о какое либо право отнимается у государства, или одна какая либо обязанность возлагается на него, по собственному праву, посторонней высшею властью, самоопредѣленіе государства перестаетъ быть и с к л ю ч и т е л ь н ы м ъ и, слѣдовательно, в п о л н ѣ отрицаетъ его суверенный, т.е. независимый характеръ. Поэтому, государство, заключившее договоръ о протекторатѣ съ другимъ государствомъ и отказавшееся, по этому договору, въ

пользу покровителя, отъ самыхъ существенныхъ своихъ правъ, остается суверенным государствомъ. Наоборотъ, вассальное государство, какъ бы ни были ничтожны права надъ нимъ сюзерена, суверенаго характера не имѣетъ.

Свойство, въ силу котораго государство пользуется и с к л ю ч и т е л ь н ы м ъ правомъ самоопредѣленія - есть суверенитетъ. Ясно, что это свойство можетъ б ы т ь или н е быть; самоопредѣленіе государства исключительно или не исключительно: tertium non datur. О дѣленіи суверенитета, о половинномъ или ограниченномъ суверенитетѣ не можетъ быть и рѣчи.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ слѣдующему выводу. -

Суверенная, или, что то же, - независимая власть, есть власть, пользующаяся и с к л ю ч и т е л ь н ы м ъ правомъ самоопредѣленія.

4.

ТЕОРІЯ СУВЕРЕНИТЕТА (ПРОДОЛЖЕНІЕ).

3. *Является ли суверенитетъ необходимымъ свойствомъ, essentiale, государственной власти?*

Традиціонное ученіе государственнаго права въ суверенитетѣ усматриваетъ отличительный и необходимый признакъ государства. Такъ, напримѣръ, по словамъ Held'a суверенитетъ, т. е. Summum imperium-верховная власть, не подчиняющаяся никакому высшему юридическому принужденію, есть conditio sine qua non, необходимое слѣдствіе, самый существенный изъ существенныхъ признаковъ государства [1]).

Такое воззрѣніе на суверенитетъ явилось результатомъ односторонняго изученія государственной наукой одного изъ типовъ существующихъ государствъ, - правда, наиболѣе распространеннаго, а именно! простого, или единаго государства (Einheitstaat). Между тѣмъ, въ современной дѣйствительности, наряду съ простымъ государствомъ существуетъ другой, болѣе сложный государственный типъ, - союзное государство (Bundesstaat).

Съ образованіемъ Сѣверо-Германскаго Союза, а затѣмъ Германской имперіи, нѣмецкая государственная наука поставлена бы-

---

[1]) Held, Grundzüge des allg. Staatsrechts, *стр. 235.*

ла въ необходимость дать юридическую конструкцію этому вновь возникшему государственному образованію. Съ точки зрѣнія господствующей теоріи суверенитета, такая конструкція оказалась невозможной. Союзное государство явилось пробнымъ камнемъ теоріи суверенитета, какъ необходимаго признака государства; о союзное государство разбилось господствующее со времени Бодена опредѣленіе государства, какъ суверенаго территоріальнаго союза.

Въ 1853 г. впервые для объясненія природы союзнаго государства, а именно, Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, Вайтцемъ предложена была теорія, такъ называемая, д ѣ л е н н а г о с у в е р е н и т е т а . Около 20 лѣтъ теорія эта пользовалась въ германской литературѣ почти всеобщимъ признаніемъ: авторитетъ ея объясняется преимущественно тѣмъ, что она заимствована была Вайтцемъ изъ извѣстнаго труда Токвилля объ американской демократіи, служившаго въ то время единственнымъ источникомъ для ознакомленія Европы съ конституціей Сѣверо - Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ.[1])

Теорія Вайтца исходитъ изъ того предположенія, что верховная власть, т.е. суверенитетъ, слагается изъ опредѣленнаго числа постоянныхъ и неимѣнныхъ функцій. Функціи эти дѣлятся между союзомъ и его членами въ точномъ и разъ навсегда установленномъ отношеніи: союзъ и члены его совершенно самостоятельны и независимы другъ отъ друга въ предѣлахъ своей компетенціи: но ни союзъ, ни его члены не имѣютъ права выйти изъ этихъ предѣловъ: ибо всякое вторженіе союзной власти въ сферу компетенціи мѣстныхъ властей, и наоборотъ, также неправомѣрно, какъ вторженіе государственной власти одного государства въ сферу компетенціи другого.

Несостоятельность этой теоріи до наглядности очевидна. Уже въ 1872 г. Seydel въ своей монографіи "Der Bundesstaatsbegriff", пользуясь аргументами американскаго писателя Calhoun'a нанесъ ей рѣшительное и безпоротное пораженіе.

Теорія дѣленнаго суверенитета основана, прежде всего, на

---

[1]) Tocqueville, De la democratie en Amerique, *изд.1880 г., I, стр.189 и сл.*

[2]) Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, *1872, т.28, ст.185 - 255.*

отождествленіи суверенитета съ государственной властью, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, на механической концепціи государственной власти, какъ агломерата опредѣленныхъ, постоянныхъ и неизмѣнныхъ функцій. Правомочія, предоставляемыя въ извѣстную эпоху положительнымъ правомъ всѣхъ или нѣкоторыхъ государствъ высшему о р г а н у государственной власти, теорія эта считаетъ н е о б х о д и м ы м ъ содержаніемъ государственной власти, какъ таковой.

Понимаемый, какъ опредѣленное свойство государственной власти, какъ ея независимость, суверенитетъ дѣленію не подлежитъ. Въ союзномъ государствѣ онъ не можетъ быть подѣленъ между союзомъ и его членами. Распредѣленіе между ними отдѣльныхъ функцій государственной власти не предрѣшаетъ вопроса о томъ, кому изъ нихъ принадлежитъ суверенная, т.е. верховная или независимая власть.

Кому нибудь и въ союзномъ государствѣ она принадлежать должна. Отношеніе компетенціи союза къ компетенціи его отдѣльныхъ членовъ не можетъ быть неизмѣннымъ и постояннымъ. Необходима, слѣдовательно, в е р х о в н а я власть, которая могла бы въ послѣдней инстанціи расширить или сузить компетенцію союза или отдѣльныхъ государствъ, возложить на союзъ или на его членовъ осуществленіе новыхъ задачъ государственной жизни.

Верховная власть въ союзномъ государствѣ можетъ принадлежать л и б о союзу, л и б о образующимъ его государствамъ. Если она принадлежитъ государствамъ - членамъ союзнаго государства, или другими словами, если эти государства независимы, то надъ ними, вообще, не можетъ быть высшей, для нихъ обязательной власти союза. И наоборотъ, если власть союза подствуетъ надъ отдѣльными, входящими въ его составъ, государствами, - о суверенитетѣ послѣднихъ не можетъ быть и рѣчи.

Ко времени образованія Сѣверо-Германскаго Союза въ нѣмецкой публицистической литературѣ единство и нераздѣльность суверенитета признавались огромнымъ большинствомъ юристовъ аксіомой публичнаго права. Въ настоящее время, - говоритъ Zorn, врядъ ли какой-нибудь серьезный юристъ попытается признать за "дѣленнымъ суверенитетомъ", "полусуверенитетомъ" etc. значеніе юридическихъ понятій [1].

---

[1]) Zorn. Streitfragen des deutschen Staatsrechts. Tübinger Zeitschrift. *1881 г. стр.307.*

Для того, чтобы, оставаясь на почвѣ традиціоннаго ученія о суверенитетѣ, какъ о существенномъ и необходимомъ признакѣ principium individuationis государства, юридически конструировать союзное государство, предстояло, такимъ образомъ, прежде всего рѣшить, кому именно въ союзномъ государствѣ принадлежитъ суверенитетъ, - союзу или его членамъ, или, другими словами, кто въ союзномъ государствѣ - союзъ или члены его, является въ юридическомъ смыслѣ слова г о с у д а р с т в о м ъ .

Мнѣнія раздѣлились.

Зейдель въ вышеупомянутой своей монографіи признаетъ и въ Германской имперіи суверенитетъ лишь за отдѣльными государствами, образующими союзъ. Съ этой точки зрѣнія союзное государство (Bundesstaat) есть ни что иное, какъ союзъ независимыхъ, суверенныхъ государствъ (Staatenbund). Какъ самостоятельная категорія, союзное государство - невозможно, и самое понятіе союзнаго государства должно быть объявлено банкротомъ [1]).

Всѣ послѣдующіе труды Зейделя по этому вопросу служатъ дальнѣйшимъ развитіемъ и обоснованіемъ изложенной теоріи. Несмотря на высокій авторитетъ, какимъ пользуется Зейдель въ германской публицистической литературѣ, теорія его не нашла въ ней ни одного сторонника. И это понятно: она игнорируетъ несомнѣнно государственный характеръ союзнаго государства. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что союзная власть является самостоятельной волей, отличной отъ воли государствъ, образующихъ союзъ. Въ то время, какъ въ с о ю з ѣ г о с у д а р о т ъ общая воля есть ни что иное, какъ единогласная воля его членовъ, - въ с о ю з н о м ъ г о с у д а р с т в ѣ она является самостоятельной государственной волей союза, могущей стать въ противорѣчіе съ единогласной даже волей его членовъ. Конституція союзнаго государства есть з а к о н ъ союза; она можетъ быть измѣнена только такимъ же закономъ, а отнюдь не волей, х о т я б ы и е д и н о г л а с н о й , входящихъ въ составъ союза государствъ. Союзная власть неограниченно опредѣляетъ свою компетенцію. С ъ с о б л ю д е н і е м ъ

---

[1]) *l. c. стр. 198; см. также стр. 208.*

конституціонныхъ условій [1]), она можетъ расширить ее, въ ущербъ компетенціи отдѣльныхъ государствъ usque ad infinitum съ юридической точки зрѣнія, она имѣетъ право обратить государства, образующія союзъ, въ провинціи единаго децентрализованнаго государства [2]).

Но въ такомъ случаѣ государственный и при томъ суверенный характеръ союзнаго государства не можетъ подлежать никакому сомнѣнію [3]).

По сравненію съ Зейделемъ, на противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ Дорнъ [4]). По его мнѣнію, въ союзномъ государствѣ верховная власть принадлежитъ только союзу; только союзъ и является государствомъ. Члены его, не смотря на свой, н о в и д и м о м у государственный характеръ, съ юридической точки зрѣнія должны быть признаны автономными провинціями, самоуправляющимися территоріальными союзами [5]). Само собой разумѣется, что и съ этой точки зрѣнія, союзное государство, какъ самостоятельная юридическая категорія, невозможно. То, что

---

[1]) *Ст.78 Германск.конституціи; ст.118 - 121 Швѣцарской конст.; 5 гл. конст. С.-Ам.С.Ш.*

[2]) *Съ политической точки зрѣнія такая медіатизація союзомъ отдѣльныхъ государствъ почти невозможна, ибо, въ интересахъ независимости послѣднихъ, союзная конституція чрезвычайно усложняетъ порядокъ изданія конституціонныхъ законовъ.*

[3]) Laband, Das Staatarecht des deutschen Reiches въ Handbuch'ѣ Marquardsen'a, *стр.17 и слѣд. Онъ же,* Das Staatsrecht des deutschen Reiches, I, *стр.57 - 58;* Bluntschli, Die Lehre v.modernen Staat, *I, стр.309;* Gerber, Grundzüge des deutsch. Staatsrecht, *3 изданіе, стр.247;* Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, *стр.253 - 276; его же,* Das Recht des mod. Staates, *I стр.705 и слѣд. Кромѣ того,* H.Schulze, O.Meyer *и многіе другіе.*

[4]) *Т. С. стр.292 - 322; также* Das Staatsrecht, *I, стр.68.*

[5]) *Самъ Дорнъ такъ далеко не идетъ. Онъ называетъ отдѣльныя германскія государства "государствами не въ п о л н о мъ смыслѣ этого слова". Но послѣдователи его ученія,* Combotheora, Bahn *дѣлаютъ этотъ смѣлый, но логически необходимый выводъ* expressis verbis.

называется этимъ именемъ, есть не что иное, какъ единое децентрализованное государство. Критикуя ученіе Лорна, Лабандъ справедливо замѣчаетъ, что онъ самъ изъ своей конструкціи союзнаго государства дѣлаетъ единственно возможное употребленіе, - а именно: излагая имперское государственное право, онъ совершенно о ней забываетъ. И въ общей части своего ученія, Лорнъ вынужденъ мириться съ безконечными противорѣчіями для того, чтобы спасти свою, очевидно, навѣянную политическими соображеніями, основную мысль [1]). И дѣйствительно, стоитъ только подумать, къ какимъ невозможнымъ результатамъ привела бы послѣдовательно проведенная конструкція Лорна, для того, чтобы убѣдиться въ полнѣйшей ея несостоятельности.

Что стало бы съ теоріей самоуправленія, или съ ученіемъ о мѣстномъ управленіи вообще, если признать, напримѣръ, Баварію автономной провинціей Германской имперіи, а баварскаго короля чѣмъ-то вродѣ ея наслѣдственнаго губернатора. Подобно теоріи Зейделя, и теорія Лорна стоитъ въ коренномъ противорѣчіи съ дѣйствительной жизнью. И та и другая теорія, не будучи въ состояніи объяснить фактъ, его отрицаютъ.

Совершенная невозможность конструировать союзное государство на почвѣ традиціоннаго ученія о суверенитетѣ - естественно приводитъ къ вопросу: является ли верховный, т.е. независимый характеръ власти, суверенитетъ, - существеннымъ и необходимымъ признакомъ государства?

Для того, чтобы на этотъ вопросъ отвѣтить, необходимо остановиться на слѣдующемъ.

Суверенитетъ, по самому происхожденію своему, имѣетъ характеръ исторической, а не логически-абсолютной категоріи.

Средневѣковое государство не было сувереннымъ.

Какъ ни бѣдна была реальнымъ содержаніемъ власть имперіи папства надъ отдѣльными государствами, - и въ числѣ ихъ надъ Франціей, - тѣмъ не менѣе ата власть была несомнѣннымъ фактомъ. О внѣшней независимости средневѣковаго государства не могло быть и рѣчи.

Признавая суверенитетъ необходимымъ признакомъ государст-

---

[1]) *Объ этихъ противорѣчіяхъ см.* Rehm, Allgemeine Staatslehre, *стр. 117 и слѣд.*

ва (res publica est civitas quae superiorem non recognoscit), средневѣковая доктрина была политической, а не юридической доктриной. Она говорила не о томъ, что средневѣковое государство суверенно, а о томъ, что оно д о л ж н о быть суверенно. Суверенитетъ средневѣковой доктрины былъ не конечнымъ выводомъ индукціи, а апріорнымъ положеніемъ дедукціи; онъ былъ политическимъ лозунгомъ, а не юридическимъ понятіемъ.

И только въ новое время, съ конечной побѣдой государства надъ имперіей, папствомъ и феодализмомъ, возникаютъ дѣйствительно суверенныя государства, не знающія надъ собой ничьей высшей власти. Однако, и въ новое время, наряду съ суверенными, независимыми государствами, возникаютъ и существуютъ з а в и с и м ы я государства, подчиненныя возвышающейся надъ ними союзной власти.

Признавая суверенитетъ необходимымъ признакомъ государства, германская публицистическая литература XVII-XIX вв., изучая союзное государство (Священно-Римскую имперію, Сѣверо - Германскій Союзъ, Германскую имперію) вращается въ безъисходномъ, заколдованномъ кругу противорѣчій.

Разнообразіе значеній, исторически связанныхъ съ понятіемъ суверенитета, недостаточное ихъ разграниченіе въ теоріи и на практикѣ другъ отъ друга, затрудняютъ единственно-правильную и логическую постановку проблемы: является ли суверенитетъ существеннымъ и необходимымъ моментомъ въ понятіи государственной власти?

Этотъ вопросъ, во всей его полнотѣ, впервые категорически поставленъ германской "юридической школой" публицистовъ; и наиболѣе выдающіеся изъ ея представителей, Лабандъ, Іеллинекъ, Розинъ, Ремъ и др., даютъ на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ.

Ф а к т ъ существованія **н е суверенныхъ государствъ** не подлежитъ никакому сомнѣнію. Вассальныя княжества Турціи, Штаты Сѣверо-Американской республики, кантоны Швейцаріи, государства, образующія Германскую имперію, суверенитета не имѣютъ, ибо законъ союзной власти по собственному праву связываетъ и обязываетъ мѣстную власть. А между тѣмъ, только люди, которымъ дѣйствительность, сквозь стекла предвзятой теоріи, представляется въ совершенно извращенномъ видѣ, могутъ отри-

цать государственный характеръ Пруссіи, или Баваріи, или другихъ несуверенныхъ государствъ. Международное право, твердо установившее принципъ, что членами международнаго общества могутъ быть т о л ь к о государства, вводитъ, тѣмъ не менѣе, вышеупомянутые политическіе союзы въ международную семью, предоставляетъ имъ право международнаго общенія, поскольку оно не отнято у нихъ господствующею надъ ними суверенною властью.

Можно ли отрицать существованіе суверенныхъ государствъ только потому, что къ нимъ не приложима юридическая категорія суверенитета? Можно ли признавать за юриспруденціей право, во имя логическихъ шаблоновъ, отрицать исторію, превратно толковать конституціи, игнорировать правосознаніе націй? Суверенитетъ какъ онъ опредѣленъ выше, понятіе формальное. Юриспруденція не въ правѣ жертвовать содержаніемъ формѣ. Если сапогъ жметъ, виновата не нога, а сапогъ. Если категорія суверенаго государства слишкомъ узка для того, чтобы вмѣстить въ себя все разнообразіе государственныхъ типовъ, нужно замѣнить ее другой, болѣе широкой, болѣе приспособленной къ дѣйствительной жизни.

5.

ТЕОРІЯ ГОСПОДСТВА (Herrschaftstheorie).

I. *Сложность проблемъ.*

До тѣхъ поръ, пока суверенитетъ считался необходимымъ моментомъ въ понятіи государственной власти, опредѣленіе этого понятія не представляло затрудненій. Государственная власть - власть, имѣющая [illegible] (верховный) характеръ.

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". Проф. В.М. Гессенъ.
Изданіе студ. Кассы Взаимопомощи при СПБ. Политехн. Институтѣ.
Типо-литографія Д. Трофимова. СПБ. Михайловская 3.
1.5.

Допуская существованіе несуверенныхъ государствъ, совре - менная теорія государственнаго права оказывается вынужденной отыскать другой существенный признакъ государственной власти, характеризующій ее, какъ таковую, въ отличіе отъ публично-правовой власти другихъ не-государственныхъ соціальныхъ организацій, - въ частности, отъ власти самоуправляющихся и автономныхъ союзовъ.

Территоріальный и личный субстраты такихъ союзовъ вполнѣ аналогичны таковымъ же субстратамъ государства. Территоріи и подданнымъ (Staatsangehörige) государства соотвѣтствуютъ территорія и "подданные" (Gemeindeangehörige, Ländesangehörige) самоуправляющихся общеній. Отличіе первыхъ отъ вторыхъ заключается только въ томъ, что первые стоятъ подъ государственной, вторые - подъ не-государственной властью. Такимъ образомъ, государственная власть является существеннымъ моментомъ въ понятіи государства. этимъ моментомъ государство отличается отъ самоуправляющихся союзовъ. Вопросъ о существѣ государственной власти совпадаетъ съ вопросомъ о существѣ государства. Спрашивая, чѣмъ отлича - ется государственная власть отъ не-государственной, - мы тѣмъ самымъ спрашиваемъ, чѣмъ отличается государство отъ самоуправляющагося союза.

Вопросъ объ отличіи государства, вообще, и несуверенаго въ особенности, отъ самоуправляющагося или автонсинаго союза является punctum saliens современной германской доктрины государ - ственнаго права; на рѣшеніе этого вопроса ею потрачено было безконечно много труда и глубокомыслія, - и, тѣмъ не менѣе, этотъ вопросъ не рѣшенъ окончательно. Quot capita tot sensus, восклицаетъ Порнъ, обозрѣвая безконечное множество мнѣній по рас - сматриваемому вопросу[1]. Безконтрольность власти (Jellinek, Алексѣевъ), ея національныя цѣли (Rosin, Schulze, Otto Meier), меж - дународное признаніе ея (Stoeber), право самоорганизаціи (G. Meyer, Jellinek), - эти и другіе признаки выдвигались въ раз - ное время разными авторами, какъ principium individuationis государственной власти. Полное отсутствіе communis opinio по

---

[1]) Zorn. Neue Beiträge въ Annalen d. deutsch. Reichs, 1884, стр. 453; Liebe, Staatsrechtliche Studien, 1 стр. 14.

разсматриваемому вопросу объясняетъ въ достаточной мѣрѣ сомнѣніе, не разъ высказывавшееся въ германской литературѣ,—сомнѣніе въ возможности, вообще, юридическаго разграниченія понятій несуверенной государственной и автономной власти, или — что то же,— понятій неоуверенаго государства и самоуправляющагося или автономнаго союза. Усилія найти принципіальное различіе (einen begrifflichen Unterschied) между государственными и коммунальными частями (союзнаго и простого) государства, говоритъ Gierke, кажутся намъ совершенно тщетными [1]. Именно этимъ скептицизмомъ и объясняется, главнымъ образомъ, то упорство, съ которымъ нѣкоторые писатели, вопреки очевиднымъ фактамъ дѣйствительности, отстаиваютъ суверенитетъ, какъ необходимое свойство государственной власти. Лишь только мы отнимемъ у государства суверенитетъ, говоритъ Борель,— нѣтъ болѣе принципіальной разницы между нимъ и общиной; поэтому, если только мы желаемъ разграничить эти понятія, мы необходимо должны признать суверенитетъ основнымъ юридическимъ элементомъ, отличительнымъ свойствомъ государства.[2]) Вопросъ объ опредѣленіи государственной власти является, такимъ образомъ, о с н о в н ы м ъ в о п р о с о м ъ юридической конструкціи государства.

6.

ТЕОРІЯ ГОСПОДСТВА (Herrschaftstheorie).

2. *Власть по собственному праву и делегированная государствомъ власть.*

Исторія образованія современнаго государства есть не что иное, какъ исторія постепеннаго поглощенія государствомъ публично-правной власти, собиранія въ единъ фокусъ ея разсѣянныхъ лучей. Процессъ монополизаціи государствомъ публично-правной

---

[1]) ...Schmoller's Jahrbuch. 1883, стр. 70.

[2]) Borel. Etude sur la souveraineté de l'état fédératif. 1886 стр. 78; Zorn, въ Annalen за 1884, стр. 458.

власти, краснорѣчиво и вѣрно описанный Dupont -White'омъ въ его трудѣ: "L'individu et l'etat, въ настоящее время можно считать завершеннымъ: всякая публично-правная власть, публично - правное господство, необходимое и принудительное, составляетъ монополію современнаго государства, - осуществляется — ли эта власть самимъ государствомъ или делегируется имъ автономной общинѣ.

Со времени Gerber'a пользующаяся наибольшимъ кредитомъ въ германской публицистикѣ, теорія господства (Herrschaftstheorie) существеннымъ моментомъ въ понятіи государства признаетъ государственную власть . Государственная власть принадлежитъ государству—и только ему.

Насколько теорія с у в е р е н и т е т а, — т е о р і я в ы с ш е й власти, какъ необходимаго свойства государства - соотвѣтствуетъ природѣ и характеру господства въ періодъ его сложенія, настолько теорія господства, теорія власти, какъ таковой, соотвѣтствуетъ природѣ и характеру окончательно сложившагося и завершеннаго государства. Опредѣляя понятіе государственной власти, необходимо исходить изъ выставленнаго отчетливо и рѣзко Лабандомъ положенія: господство (Herrschaftsrecht) принадлежитъ п о с о б с т в е н н о м у п р а в у только государству: общинѣ оно д е л е г и р о в а н о государствомъ.

Вопросъ, слѣдовательно, сводится къ тому, чтобы установить различіе между властью по собственному праву и делегированной властью.

Это различіе заключается въ слѣдующемъ. -

Делегація власти предполагаетъ ея о п р е д ѣ л е н н о с т ь. По вѣрному замѣчанію проф. Градовскаго [1], самое понятіе делегаціи предполагаетъ ограниченность тѣхъ правъ, которыя предоставлены самоуправляющемуся союзу. По своему существу, делегированная власть должна вращаться въ о п р е д ѣ л е н н ы х ъ г р а н и ц а х ъ; самоуправленіе облечено по отношенію к ъ о п р е д ѣ л е н н ы м ъ п р е д м е т а м ъ о п р е д ѣ л е н н о ю степенью власти.

---

[1] *Градовскій. Начала*, I, стр. 71.

Само собой разумѣется, что опредѣленность компетенціи отнюдь не предполагаетъ и не требуетъ и с ч е р п ы в а ю щ а г о п е р е ч н я ф у н к ц і й Правительственная дѣятельность вообще, - а значитъ, и дѣятельность самоуправленія - въ своемъ безконечно мѣняющемся содержаніи не можетъ быть подведена подъ опредѣленныя рубрики, не можетъ быть исчерпана безъ остатка.

Компетенція является опредѣленной въ томъ случаѣ, когда законъ устанавливаетъ: во 1-хъ, о р г а н и з а ц і ю самоуправляющагося или автономнаго союза; во 2-хъ, опредѣленныя категоріи или р о д ы дѣлъ, входящихъ въ компетенцію союза, и въ 3-хъ, п р е д ѣ л ы в л а с т и, предоставленной союзу государствомъ.

Наоборотъ, власть по с о б с т в е н н о м у п р а в у является, всегда и необходимо, по существу н е о п р е д ѣ л э н н о й. Компетенція государства (несувереннаго) можетъ быть усѣченной; тѣ или другія функціи государственной власти могутъ быть отняты возвышающейся надъ несуверенной, суверенной высшей властью, но, ни въ какомъ случаѣ оригинальная власть государства - власть по собственному праву - не можетъ быть опредѣленной, ограниченной, замкнутой въ извѣстные предѣлы, за которые само государство выйти не имѣло бы права. Тѣ или другія функціи, законодательство по тому или другому предмету, могутъ быть изъяты изъ сферы компетенціи государственной власти; самая компетенція ея, однако, остается неопредѣленной, ибо до тѣхъ поръ, пока власть государства остается властью по собственному праву, ея содержаніе не можетъ быть опредѣлено исчерпывающимъ образомъ, включено въ неподвижныя для самого государства рамки.

Говоря о неопредѣленности компетенціи государства, мы имѣемъ, разумѣется, въ виду не актуальную его компетенцію, всегда опредѣляемую дѣйствующимъ правомъ, а п о т е н ц і а л ь н у ю, т. е. компетенцію надъ компетенціей, такъ называемую, Kompetenz - Kompetenz.

Неопредѣленность потенціальной компетенціи государства, вытекая съ логической необходимостью изъ природы государственной власти, какъ власти по собственному праву, является principium individuationis понятія государственной власти, въ противопо -

ложность власти самоуправляющихся или автономныхъ союзовъ, делегированной имъ государствомъ.

Эту противоположность между неопредѣленною компетенціей государства и опредѣленной - его автономной части, можно формулировать слѣдующимъ образомъ:

Все, что не изъято изъ компетенціи государства, входитъ въ его компетенцію; и наоборотъ, все, что не отнесено къ компетенціи самоуправляющагося, или автономнаго союза, въ его компетенцію не входитъ.

Презумпція всегда говоритъ въ пользу государства и противъ всякаго другого союза.

Характеризующая государственную власть потенціальная неопредѣленность ея компетенціи проявляется наиболѣе отчетливо въ принадлежащей государству учредительной функціи власти, въ правѣ на самоорганизацію, которое всегда принадлежитъ государству и никогда не принадлежитъ самоуправляющемуся или автономному союзу.

ТЕОРІЯ ГОСПОДСТВА. (Herrschaftstheorie).

3. Провѣрка конструкціи.

Провѣримъ предложенную конструкцію на положительныхъ законодательствахъ.

Въ союзномъ государствѣ, государства - члены союза (Glied - staaten) являются несуверенными, а самый союзъ-суверенными государствомъ. Если предложенный критерій государственной власти - неопредѣленность ея потенціальной компетенціи - вѣренъ, въ такомъ случаѣ, и власть суверенаго союза и власть его несуверенныхъ членовъ должна быть потенціально - неопредѣленной.

Такъ оно и есть на самомъ дѣлѣ. Основной принципъ, опредѣляющій юридическую природу членовъ Германской Имперіи, гласитъ: в с е, что не принадлежитъ къ компетенціи имперіи, составляетъ jura singulorum ея членовъ. Хотя этотъ принципъ, категорично устанавливаемый изслѣдователями германской конституціи Лабандомъ, Г.Мейеромъ, Градовскимъ и др.,[1]) не нашелъ

---

[1])Лабандъ у Marquardsen'a стр. 25; Das Staatsrecht - (3 изд.) стр.110 и сл., стр.594 и сл.; G.Meyer, Lehrbuch,80,стр. 195; Градовскій, Германская Конституція. II. Стр. 42 и сл.

себѣ, с л у ч а й н о [1], выраженія въ самой конституціи, тѣмъ не менѣе, онъ является аксіомой имперскаго государственнаго права и иллюстрируется многими примѣрами изъ германскаго законодательства. По словамъ Лабанда, и въ теоріи, и на практикѣ по этому вопросу существуетъ полнѣйшее единогласіе. Наоборотъ, означенный принципъ explicite выраженъ въ конституціяхъ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, Швейцаріи и другихъ союзныхъ государствъ. Такъ, X-е дополненіе къ конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ гласитъ: "Права, не предоставленныя союзу настоящей конституціей, и тѣ, пользованіе которыми она не запрещаетъ отдѣльнымъ государствамъ, остаются за соотвѣтствующими Штатами и народомъ". "Кантонъ, гласитъ ст. 3 Швейцарской конституціи, - суверенъ настолько, насколько суверенитетъ не ограниченъ федеральной конституціей, и, какъ таковой, онъ пользуется всѣми правами, которыя не перенесены на союзную власть" [2].

Вообще, ни одна изъ федеральныхъ конституцій не опредѣляетъ компетенціи несуверенныхъ членовъ союза; в с е, что не входитъ въ компетенцію союза, означенныя конституціи относятъ къ компетенціи его членовъ.

Съ другой стороны, а к т у а л ь н а я компетенція самого союза необходимо и точнѣйшимъ образомъ опредѣляется его конституціей [3]. Только благодаря этому и возможна потенціальная неопредѣленность компетенціи его членовъ.

Тѣмъ не менѣе, п о т е н ц і а л ь н а я компетенція самого союза остается, равнымъ образомъ, неопредѣленной. Ст.78 Германской Конституціи, ст. 118 - 131 - Швейцарской, 5 глава конти-

---

[1]) *О поправкѣ, внесенной проф. Zachariae и отклоненной Учредительнымъ Собраніемъ у Градовскаго въ его соч. о Герм. конст.*

[2]) *Сравн. также ст.117 Констит. Сов. Штат. Мексики:* Les pouvoirs qui ne sont pas expressément concédes par la presénte Constitution aux fonctionnaires fédéraux sont reputés reservés aux Etats; *ст. 104 Арг. Конст.; ст. 65 п.2, Бразильской Конст.*

[3]) *Ст.4 Констит. Герман. Импер.; ст. 20-42 Швейц. Конст.; XIII секц. I гл. констит. Сов. Штат.; ст. 72 Мексик. Констит.; ст. 67 Аргент.; ст. 34 Бразильской.*

туціи Сѣв.-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ предоставляютъ союзной власти право безграничнаго расширенія своей компетенціи [1]. Статьи эти, какъ справедливо говоритъ Лабандъ и др., предоставляютъ союзу юридическую возможность расширить - конечно, съ соблюденіемъ конституціонныхъ условій, - свою компетенцію до тѣхъ границъ, до которыхъ простирается его фактическая сила и разумная воля.

Если, такимъ образомъ, неопредѣленность потенціальной компетенціи, въ дѣйствительности, является необходимымъ свойствомъ в с я к о й, суверенной и несуверенной государственной власти, то, съ другой стороны, свойствомъ делегированной власти самоуправляющагося или автономнаго союза, всегда и необходимо, является о п р е д ѣ л е н н о с т ь его компетенціи.

Опредѣленность компетенціи самоуправляющихся союзовъ не нуждается въ доказательствахъ.

Понятіе "мѣстныхъ интересовъ" самоуправленія не является самостоятельной категоріей, отличной, по существу, отъ интересовъ государственныхъ. Это - опредѣленная категорія государственныхъ интересовъ, осуществляемая государствомъ на мѣстѣ черезъ посредство мѣстныхъ ("земскихъ") людей. Содержаніе и объемъ этой категоріи въ различное время и различными государствами опредѣляется различнымъ образомъ. Поэтому и оказывается необходимымъ точное опредѣленіе въ законѣ того, что въ данное время и въ данномъ государствѣ относится къ категоріи, такъ называемыхъ, "мѣстныхъ интересовъ". Такое опредѣленіе всегда и дается положеніями о самоуправляющихся союзахъ.

Но не только самоуправляющіеся, - и автономные союзы - напр., обладающія правомъ самостоятельнаго законодательства англійскія колоніи, - характеризуются опредѣленностью своихъ компетен-

---

[1]) *Ст. 27 Мексик. констит.; ст. 30 Арг. конст.; ст. 99 Бразильск. конст.*

[2]) *Лабандъ у* Marquardsen'a, *стр. 17 и сл.* Das Staatsrecht, *3 изд. стр. 82,* Bluntschli, Lehre v. mod. St., *стр. 306;* Gerber, Grundzüge des allg. Staatsrecht, 1880, *3 изд. стр. 244.* Jellinek., Die Lehre v. den Staatenverbindungen, *стр. 253 - 276;* H. Schulze, Einleitung, *стр. 205 и сл., и мн. др.*

ціи. Здѣсь эта опредѣленность компетенцій выражается въ отсутствіи у автономныхъ союзовъ права самоорганизаціи. Конституціи англійскихъ колоній - Канады, Южно-африканской республики, Австраліи - устанавливаются англійскимъ парламентскимъ актомъ; de jure онѣ могутъ быть во всякое время отмѣнены или измѣнены такимъ же актомъ, безъ какого бы то ни было участія самихъ колоній. А такъ какъ сущность конституціи заключается, именно, въ опредѣленіи организаціи и компетенціи власти, то очевидно, власть англійскихъ колоній является о п р е д ѣ л е н н о й, вставленной въ неподвижныя рамки, изъ которыхъ сама колонія выйти не имѣетъ права.

"Право самоорганизаціи", признаваемое G.Meyer'омъ и Jellinek'омъ отличительнымъ свойствомъ государства[1], потому и принадлежитъ исключительно государству, что только государственная власть, въ отличіе отъ всякой другой, делегируемой государствомъ власти, характеризуется н е о п р е д ѣ л е н н о с т ь ю своей потенціальной компетенціи.

8.

Опредѣленіе государства.

Послѣ сказаннаго не трудно опредѣлить понятіе государства.

Государство есть территоріальный союзъ . Вопросъ объ опредѣленіи государства можетъ быть формулированъ слѣдующимъ образомъ: въ чемъ заключается principium individuationis государства, видовой признакъ, отличающій его отъ другихъ территоріальныхъ союзовъ?

Территорія и народъ - два момента въ понятіи государства - такимъ признакомъ служить не могутъ, ибо всякій территоріальный союзъ господствуетъ въ предѣлахъ опредѣленной территоріи надъ опредѣленной группой людей. Признакомъ, отличающимъ госу -

---

[1]): G. Meyer, Lehrbuch, *стр.8 N17.* Jellinek. Das Recht des mod. Staaates, I, *стр. 446 и сл.*

дарство отъ другихъ территоріальныхъ союзовъ, является третій моментъ въ понятіи государства, - государственная власть.

Какъ сказано выше, п е р в о н а ч а л ь н а я (въ противоположность производной или делегированной) господствующая власть (Herrschermacht) принадлежитъ только государству. Всѣ другіе территоріальные союзы, обладающіе такой властью, получаютъ ее отъ государства. Первоначальная власть отличается отъ делегированной потенціальной н е о п р е д ѣ л е н н о с т ь ю своей компетенціи.

Государство можетъ быть опредѣлено, какъ территоріальный союзъ, власть котораго надъ людьми имѣетъ первоначальный, т.е. потенціально - неопредѣленный характеръ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ЭЛЕМЕНТЫ ГОСУДАРСТВА.

Государство состоитъ изъ трехъ элементовъ: территоріи, населенія и власти. Прежде всего остановимся на разсмотрѣніи понятія территоріи, какъ одного изъ элементовъ государства.

ТЕРРИТОРІЯ.

§ I. Территорія, какъ объектъ верховной собственности государства.

Территорія, по господствующему мнѣнію, является необходимымъ элементомъ государства. Я назвалъ это мнѣніе господствующимъ, но не могу назвать его всеобщимъ. Встрѣчаются голоса, которые не признаютъ территоріи необходимымъ элементомъ. Указываютъ на то, что кочевыя племена, не занимающія опредѣленной территоріи, имѣютъ, или, во всякомъ случаѣ, могутъ имѣть политическую организацію. Народъ, вселившійся цѣликомъ на новое мѣсто, не становится другимъ государствомъ. Отрицаютъ необходи -

мый характеръ территоріи, какъ элемента государства, проф. В. Ивановскій, проф. Коркуновъ [1]). Но мы должны признать этотъ споръ слишкомъ академичнымъ. Научныя категоріи являются отвлеченіемъ отъ опредѣленнаго цикла явленій, отграниченнаго во времени и пространствѣ. Поэтому, современное понятіе государства приложимо лишь къ современнымъ или, по крайней мѣрѣ, осѣдлымъ народамъ. Слѣдовательно, распространять это понятіе на кочевыя племена - не имѣетъ практическаго смысла; и если мы въ этихъ вопросахъ ограничимся осѣдлыми народами, то поле наблюденія будетъ достаточно велико; а тогда территорія будетъ необходимымъ элементомъ самаго понятія государства.

Какова же юридическая природа территоріи?

На это отвѣчаютъ разнымъ образомъ двѣ, раздѣляющія мнѣнія публицистовъ, теоріи. Одна изъ нихъ, традиціонная, ведетъ свое происхожденіе отъ эпохи среднихъ вѣковъ и признаетъ территорію объектомъ государственнаго господства; считаетъ, что государственная власть имѣетъ право верховной собственности (dominium eminens) на территорію. Территорія расматривается, какъ публично-правная собственность государства; у государства имѣется публично-правное вещное право (Staatsrechtliches Sachenrecht) на территорію.

Въ современной нѣмецкой литературѣ выдающимся представителемъ этой теоріи является Г е р б е р ъ. Затѣмъ она встрѣчается почти во всѣхъ монографіяхъ и курсахъ государственнаго права, за немногими исключеніями. Въ наукѣ государственнаго права на территорію, какъ на объектъ публично-правной собственности, смотритъ большинство выдающихся писателей: Герберъ, Лабандъ, Градовскій и др. Точно также, международное право до настоящаго времени смотритъ на территорію, какъ на объектъ публично-вещнаго права государства, и уступка территоріи однимъ государствомъ другому разсматривается, какъ сдѣлка, аналогичная частноправной. Впрочемъ, въ международномъ правѣ есть одно исключеніе - Листъ, который рѣшительнымъ образомъ возстаетъ противъ этого традиціоннаго взгляда на территорію, какъ на объектъ публично-вещнаго права государства. На чемъ же основана

---

[1]) *В. Ивановскій, въ Журн. Междун. и Государств. права 1897, стр. 190. - Коркуновъ - Русское Госуд. право. I.* §1.

эта,столь популярная,теорія? Она,прежде всего,анализируетъ отношеніе государства къ территоріи и отыскиваетъ элементы, аналогичные элементамъ, присущимъ понятію собственности. Таковы - исключительность и безусловность господства государства надъ территоріей. Упомянутые писатели указываютъ на то, что существо собственности заключается,именно,въ исключительности господства надъ данной вещью, не допускающей вторженія чужой воли въ сферу обладанія вещью. Такой же характеръ носитъ и территоріальное верховенство государства, требующее, чтобы никто ни въ какомъ случаѣ не посягалъ на территорію. Право собственности выражается положительнымъ образомъ въ правѣ распоряженія, а государство можетъ распоряжаться, какъ угодно,территоріей. Это и сближаетъ территорію съ частно-правовымъ институтомъ собственности.Приведенное соображеніе представляется,однако, весьма неубѣдительнымъ. Для объясненія отношеній государства къ территоріи нѣтъ никакой необходимости въ конструкціи территоріи, какъ публично-правной собственности. Возможность распоряженія государствомъ своею территоріею объясняется самымъ существомъ государственной власти. Власть, какъ таковая, особенно суверенная, обладаетъ исключительнымъ правомъ господства надъ людьми въ п р е д ѣ л а х ъ территоріи, и не потому, что территорія принадлежитъ, какъ собственность, государству, а потому,что территорія является сферой господства государственной власти. Если мы будемъ представлять себѣ территорію не какъ объектъ, надъ которымъ, а какъ сферу, въ которой господствуетъ государство, то исключительное господство государственной власти въ предѣлахъ территоріи будетъ вполнѣ понятнымъ. Ссылаются на цѣлый рядъ институтовъ и фактовъ , которые,будто бы,вытекаютъ съ необходимостью изъ природы территоріи, какъ государственной собственности. Но всѣ эти аргументы болѣе,чѣмъ неубѣдительны. Чтобы доказать, что территорія - объектъ собственности государства, указываютъ на право государства дѣлить территорію на округа, административныя части. Если государство можетъ дѣлить территорію на всевозможные округа , очевидно, оно распоряжается территоріей, какъ своею собственностью. Но тутъ,въ дѣйствительности,имѣетъ мѣсто распоряженіе не территоріею , а опредѣленной компетенціей отдѣльныхъ должностныхъ лицъ государства. Затѣмъ, указываютъ на пра-

во государства присваивать себѣ безхозяйныя вещи. Дѣйствительно, по нѣкоторымъ законодательствамъ такое право принадлежитъ государству; всякая находка является собственностью государства. Но, вѣдь, невозможно выводить право на территорію изъ случайныхъ, можетъ быть, положеній того или иного законодательства. По русскому и французскому законодательству безхозяйныя вещи принадлежатъ государству. Наоборотъ, по римскому праву, признается право перваго захвата безхозяйныхъ вещей. Какова же юридическая природа территоріи въ такихъ государствахъ? Наконецъ, если и предположить, что эта теорія что - нибудь доказываетъ, такъ скорѣе то, что государство имѣетъ право верховной собственности на движимыя вещи, а какое же тутъ право собственности на самую территорію? Другіе писатели доказываютъ публично-вещное право государства на территорію ссылкой на власть государства надъ иностранцами. Ссылаясь на принципъ средневѣковаго права: "Quidquid est in territorio, est de territorio" - что на территоріи-принадлежитъ территоріи, - писатели, о которыхъ идетъ рѣчь, указываютъ на то, что власть государства надъ иностранцами является слѣдствіемъ господства его надъ территоріей. Надъ подданными государство властвуетъ въ силу личнаго начала, надъ иностранцами - въ силу господства надъ территоріей. Въ дѣйствительности, однако, нѣтъ никакой необходимости прибѣгать къ конструкціи территоріи, какъ объекта государственной собственности и считать иностранца принадлежностью территоріи. Достаточно смотрѣть на территорію, какъ на сферу господства государства, чтобы понять власть государства надъ иностранцами. Государство господствуетъ надъ иностранцами потому, что оно господствуетъ въ предѣлахъ территоріи, а не надъ нею. Также мало убѣдительна ссылка на право экспропріаціи, принадлежащее государству. Какъ извѣстно, государство имѣетъ право въ случаяхъ, когда это требуется выгодами общества или государства - принудительнаго отчужденія частной собственности подъ условіемъ уплаты извѣстнаго вознагражденія. Это право государства писатели, о которыхъ я теперь говорю, считаютъ ничѣмъ инымъ, какъ выводомъ изъ права верховной собственности государства на территорію. Это право мирно уживается съ частноправной собственностью на отдѣльные участки территоріи. Какъ только государству данный участокъ оказывается нужнымъ, оно

тотчасъ же и осуществляетъ свое право верховной собственности на него- экспропріируетъ его. Само собой, однако, понятно, что принадлежащее государству право на экспропріацію является выводомъ изъ его imperium'а надъ людьми, а не dominium'а надъ вещью. Обоснованіе верховной собственности на территорію ссылкой на экспропріацію уже потому неправильно, что государство, въ случаѣ надобности, напр., во время войны, можетъ экспропріировать не только землю . У военной власти есть право реквизиціи лошадей и всякой живности, необходимой для продовольствія солдатъ. Неужели мы должны предположить верховное право собственности государства надъ лошадьми, надъ курицей, - для того, чтобы объяснить фактъ реквизиціи? Всѣ эти экспропріаціи и реквизиціи вполнѣ объясняются исключительно и только господствомъ государства надъ людьми: государство можетъ ограничить или даже совсѣмъ лишить права собственности, какъ можетъ лишить и жизни; - все это явленія аналогичныя. Итакъ, институтъ экспропріаціи, какъ и всѣ другіе, для своего объясненія вовсе не нуждается въ конструкціи верховной собственности государства на территорію.

Часто приводится ссылка еще на фактъ существованія внутри государства пустынныхъ мѣстъ, лишенныхъ населенія и принадлежащихъ государству. Тутъ, очевидно, говорятъ, проявляется власть государства надъ вещью. Врядъ ли необходимо останавливаться на подобныхъ аргументахъ.

Такимъ образомъ, всѣ эти соображенія, которыя приводятся въ доказательство того, что у государства имѣется публично-вещное право на территорію, что территорія есть объектъ верховной собственности государства, - представляются не выдерживающими критики. Теорія эта имѣетъ рѣзко выраженный средневѣковый характеръ. Въ средніе вѣка, дѣйствительно, территорія была собственностью государства: тогда самая государственная власть являлась привѣскомъ къ этому праву собственности, къ вещному праву; всякій собственникъ земли являлся также собственникомъ и публичныхъ правъ, носителемъ правъ публичной власти. Nulle terre sans seigneur, - и притомъ "Cascuns barons est sovrains en sa baronnie"(Beaumanoir). Современныя государства тѣмъ и отличаются отъ средневѣковыхъ, что въ нихъ частно-правная власть надъ территоріей все болѣе и болѣе уступаетъ мѣсто публично-правной власти надъ людьми. Понятіе dominium замѣня -

ется понятіемъ imperium. Власть надъ вещью замѣняется властью надъ свободными людьми. Говорить же, что въ рукахъ государства слиты dominium съ imperium, это значитъ итти въ разрѣзъ съ природой современнаго государства и не понимать того, что эти два начала совершенно разнородны, не допускаютъ никакого сліянія и даже рѣзко и безусловно противоположны другъ другу. Imperium, какъ власть надъ лицомъ, отличается toto coelo отъ dominium'a, какъ власти надъ вещью. Оно отличается содержаніемъ, формой и цѣлью. Imperium налагаетъ на управомоченнаго обязанности, dominium предоставляетъ ему только права. Вещь, не принадлежащая собственнику, судетъ res nullius; человѣкъ, никому не подвластный, судетъ sui juris. Imperium предполагаетъ юридическое отношеніе между субъектомъ и объектомъ господства; dominium возможность такого отношенія исключаетъ. Цѣль imperii - благо объекта; цѣль dominii - благо субъекта. Если dominus чѣмъ - нибудь жертвуетъ для вещи, то только затѣмъ, чтобы изъ нея больше извлечь; если государственная власть что - нибудь беретъ у подданнаго, то только затѣмъ, чтобы ему ещё больше возвратить. Imperium составляетъ сущность, душу государственной власти; dominium никакой необходимой, внутренней связи съ государственной властью не имѣетъ.

2.

Территорія, какъ сфера господства государственной власти.

Въ современномъ государствѣ государственной власти принадлежитъ imperium, и не принадлежитъ dominium. До революціи французскій король назывался roi de France, послѣ нея roi de Français. Въ этой перемѣнѣ титула выразился протестъ противъ воззрѣнія на Францію, какъ на patrimonium regis.

Истинной природѣ современнаго государства соотвѣтствуетъ сравнительно новая теорія, разсматривающая государственную территорію, какъ **с ф е р у** господства государственной власти, а не **о б ъ е к т ъ** его. Государство господотвуетъ въ предѣлахъ

территоріи надъ населеніемъ, но территорія не является собственностью, хотя бы и верховной государственной власти. Хотя подобное мнѣніе высказано было еще мимоходомъ Вольфомъ - Territorium est locus in quo quis imperium habet, - тѣмъ не менѣе, по существу, оно новаго происхожденія. Еще въ 60 -хъ гг. Gerber полагалъ, что съ людьми, не признающими за территоріей значенія о б ъ е к т а даже и спорить не стоитъ.

Родоначальниками разсматриваемой теоріи - въ русской литературѣ долженъ быть признанъ Н е з а б и т о в с к і й, въ германской - Fricker.

Талантливый, но мало извѣстный трудъ Незабитовскаго: "Ученіе публицистовъ о междугосударственномъ владѣніи" (1860) прошелъ совершенно незамѣченнымъ. Наоборотъ, небольшая монографія Fricker'a-Vom Staatsgebiete (1867) - оказала серьезное вліяніе на дальнѣйшее развитіе доктрины.

Существо государственной территоріи выясняется Незабитовскимъ въ выраженіяхъ вполнѣ опредѣленныхъ и категорическихъ. "Территорія, - говоритъ онъ, - не вещь, которою владѣетъ государство, но п р о с т р а н с т в о, въ предѣлахъ котораго державная власть государства существуетъ и дѣйствуетъ. Эта государственная территорія - округъ, предѣлъ государственной власти". - "Государство властвуетъ въ предѣлахъ своей территоріи, но не надъ территоріей, и территорія не предметъ, а предѣлъ державной власти".

Столь же категориченъ Fricker: - "При самомъ поверхностномъ взглядѣ, - говоритъ онъ, - становится яснымъ, что государственная территорія является пространственной границей государственной воли... Государство властвуетъ въ предѣлахъ своей территоріи, на каждомъ ея пунктѣ". "Всѣ представленія о территоріи, какъ вещномъ объектѣ государства, поверхностны и ложны. Всякое воздѣйствіе государства на землю (auf Grund und Boden) объясняется такъ же, какъ воздѣйствіе его на движимые предметы внутри своихъ границъ".

Въ упомянутомъ выше сочиненіи Герберъ является сторонникомъ, такъ называемой, органической теоріи государства. Отношеніе государства къ своей территоріи, по его мнѣнію, не можетъ быть отношеніемъ субъекта къ объекту. Территорія - тѣло государства, необходимый моментъ въ понятіи государства. По -

этому всякое измѣненіе территоріи есть измѣненіе самого госу - дарства: въ тѣхъ случаяхъ, когда государствомъ пріобрѣтается, или отчуждается часть территоріи, вмѣсто одного государства возникаетъ другое, вмѣсто одного народа - другой.

Само собой разумѣется, что согласиться съ подобнымъ мнѣні - емъ невозможно. Дѣло, однако, въ томъ, что оно отнюдь не явля- ется необходимымъ выводомъ изъ пониманія территоріи, какъ сфе- ры государственнаго господства. Если отрѣшиться, вообще, отъ не- состоятельныхъ органическихъ аналогій, то необходимо признать, что съ измѣненіемъ сферы господства, природа и характеръ госу- дарственной власти остаются неизмѣнными. Государство остается тѣмъ же, какъ бы ни мѣнялись его границы. Необходимымъ момен - томъ въ понятіи государства является территорія, вообще, а от- нюдь не опредѣленная извѣстными границами территорія.

Какъ бы то ни было, ученіе фрикера не прошло безслѣдно. Въ на- стоящее время воззрѣніе на территорію, какъ на сферу, (а не объектъ) государственнаго господства, раздѣляется многими уче- ными, назовемъ - Georg'a Meyer'a, Preuss'a, Jellinek'a, Rosin'a; изъ русскихъ ученыхъ - Коркунова и Шалланда.

Изъ изложеннаго пониманія территоріи, какъ сферы, а не объек- та государственной власти, вытекаетъ рядъ болѣе или менѣе важ- ныхъ послѣдствій. Укажемъ важнѣйшія изъ нихъ.

1) Признавая территорію сферой господства, мы eo ipso при - знаемъ господство государственной власти въ предѣлахъ своей территоріи полнымъ и безусловнымъ. Государство господствуетъ надъ всѣми и надъ всѣмъ, что находится въ предѣлахъ его терри- торіи.

Кажущимся исключеніемъ изъ этого принципа исключительнаго господства является институтъ в н ѣ з е м е л ь н о с т и, - положеніе въ государствѣ, такъ называемыхъ, экстратерриторі - альныхъ лицъ. При ближайшемъ, однако, разсмотрѣніи и это ис - ключеніе отпадаетъ. Дѣло въ томъ, что въ силу требованій меж - дународнаго права, государство, по отношенію къ нѣкоторымъ ино - странцамъ, ограничиваетъ свое господство, ставитъ предѣлъ сво-

---

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". Проф. В.М.Гессенъ.

Изданіе Кассы Взаимопомощи студ. СПБ-скаго Политехн. Институт.

Типо-литографія И.Трофимова. Можайская 3.

М.-б.

ей власти. Послы и дипломатическіе агенты пользуются въ государствѣ, при главѣ котораго они аккредитованы, цѣлымъ рядомъ болѣе или менѣе значительныхъ привилегій. Они не подлежатъ уголовной и, отчасти, гражданской юрисдикціи мѣстныхъ судовъ; они свободны отъ платежа прямыхъ налоговъ; неприкосновенность ихъ жилищъ обставлена особыми гарантіями, etc. etc. Одинъ изъ родоначальниковъ науки международнаго права, Гуго Гроцій, желая образно охарактеризовать положеніе пословъ, создаваемое означенными привилегіями, замѣтилъ, что они находятся quasi extra territorium, - какъ будто внѣ территоріи. У Гроція, слѣдовательно, внѣземельность является художественнымъ образомъ, - такъ сказать, - гиперболой, а отнюдь не юридическимъ фактомъ. Самъ Гроцій, напримѣръ, по дѣламъ о недвижимости признаетъ пословъ подсудными мѣстному гражданскому суду.

Иное употребленіе изъ образа внѣземельности сдѣлала позднѣйшая международная доктрина. До настоящаго времени внѣземельность многими писателями разсматривается, какъ юридическій фактъ. Ее дѣлаютъ исходнымъ моментомъ дедукціи, и, такимъ образомъ, предоставляютъ посламъ не тѣ привилегіи, которыя требуются условіями международнаго общенія, а тѣ, которыя съ логической необходимостью вытекаютъ изъ абстрактнаго пониманія внѣземельности [1]. Наряду съ территоріей, въ естественномъ смыслѣ этого слова, говорятъ о фиктивной юридической территоріи, которая то уже, то шире естественной.

Несостоятельность такого пониманія внѣземельности до наглядности очевидна. Внѣземельность - юридическая фикція, а не юридическій принципъ. Содержаніе фикціи опредѣляется той цѣлью, ради которой она создана; содержаніе принципа - тѣми выводами,

---

[1]: *По аргентинскому праву, лицо, рожденное за - грани - цей, хотя бы и отъ аргентинскихъ подданныхъ, считается иностранцемъ. Поэтому аргентинская конституція (Зак. 1 окт. 1869 г. ст. I, п. 2) считаетъ иностранцемъ лицо, рожденное въ домѣ иностраннаго посольства, хотя бы родители его были аргентинцами. То же относительно военныхъ кораблей въ Испаніи* (Revue parl. 1892 . p. 47), *въ Аргентинѣ (зак.* 1869 *I, п.3) и въ Англіи* (Reports p.83)

которые логически изъ него вытекаютъ [1]).

Въ новѣйшее время въ наукѣ международнаго права все чаще и чаще раздаются голоса, безусловно отвергающіе теорію экстра - территоріальности въ означенномъ смыслѣ. Назовемъ Laurent'a, Fiore, L.v. Bar'a, отчасти профессора Мартенса.

И дѣйствительно, такъ называемыя внѣземельныя лица, находясь въ предѣлахъ нашей территоріи, отнюдь не находятся внѣ ея. Они повинуются и должны повиноваться нашимъ законамъ. Преступленіе, ими совершенное, является посягательствомъ на нашу уголовную норму. Посолъ, совершившій убійство, - убійца въ глазахъ нашего закона; и если, тѣмъ не менѣе, наши суды не имѣютъ права его наказать, то это еще не значитъ, что онъ долженъ остаться безнаказаннымъ. Необходимо признать, что именно въ этомъ вопросѣ современное международное право представляется весьма дефектнымъ. Въ международной доктринѣ господствуетъ взглядъ, что экстратерриторіальное лицо, совершившее преступленіе, подлежитъ высылкѣ изъ предѣловъ территоріи, - и только. Этотъ взглядъ не выдерживаетъ критики. Современное государство не въ правѣ выбрасывать изъ своихъ предѣловъ на территорію сосѣднихъ государствъ явныхъ преступниковъ. Это - аксіома современнаго международнаго права. Внѣземельное въ данномъ государствѣ лицо во всякомъ другомъ государствѣ есть частное лицо, - иностранецъ - и только. Если это лицо совершило преступленіе, то государство, при которомъ оно аккредитовано, не имѣетъ права выслать его изъ своей территоріи и отпустить на всѣ четыре стороны. Правильно понимаемое международное уголовное право, требуетъ, чтобы дипломатическій агентъ, совершившій преступленіе въ государствѣ, при которомъ онъ аккредитованъ, **былъ выданъ** для суда и наказанія государству, которое онъ представляетъ.

---

[1]) "Il y a une grande difference entre une fiction de droit et un principe de droit. Un principe de droit porte toutes ses consequences, quelles quelles soient: toutes celles que la logique peut en tirer sont acquises a celui qui peut les deduire. Mais une fiction de droit doit s'entendre dans les limites du but qui la fait instituer" (De-Broglie).

Послѣднее обязано его принять и предать суду. Выдача, по справедливому замѣчанію Lammasch'a, автора спеціальнаго и классическаго труда о ней, по своей природѣ есть такой же актъ юрисдикціи, какъ и самый судъ. Поэтому, о безнаказанности преступленій, совершенныхъ, такъ называемыми, внѣземельными лицами, выданными для суда отечественному государству, не можетъ быть и рѣчи. Замѣтимъ, что съ развитіемъ культуры, съ усовершенствованіемъ матеріальнаго и процессуальнаго права отдѣльныхъ государствъ, объемъ привилегій, предоставленныхъ дипломатическимъ агентамъ, постепенно уменьшается: теперь онъ гораздо меньше, нежели сто лѣтъ назадъ, а черезъ сто лѣтъ, онъ будетъ настолько же меньше, нежели теперь. Поэтому, въ настоящее время, врядъ ли можно говорить о внѣземельности даже въ томъ смыслѣ, въ какомъ говорилъ о ней Гроцій, т.е., какъ о фигурѣ или образѣ; о внѣземельности же, въ собственномъ смыслѣ этого слова, не можетъ быть и рѣчи. Принципъ территоріальнаго верховенства не терпитъ исключеній. Всѣ пребывающія на государственной территоріи лица подчиняются мѣстной государственной власти. -

2. Территоріальное господство, т.е. господство въ предѣлахъ государственной территоріи - является не только п о л н ы м ъ, но и и с к л ю ч и т е л ь н ы м ъ.

То основное положеніе, что на территоріи современнаго государства исключается всякая посторонняя власть, объясняется т о л ь к о современнымъ воззрѣніемъ на природу государственной территоріи. Въ средніе вѣка это начало не признавалось. Земля считалась собственностью князя, а въ правѣ собственности, какъ справедливо указываетъ проф. Чичеринъ [1]), возможно совмѣстное существованіе правъ нѣсколькихъ владѣльцевъ: одному принадлежитъ право собственности, другому - право пользованія, или сервитутъ. Если же территорія является только сферой господства верховной, т.е. государственной власти, то само собой разумѣется, что на одной и той же территоріи, д в ѣ равноправныя, суверенныя государственныя власти немыслимы. Какъ извѣстно, главнымъ поводомъ (разумѣется, не причиной) къ первой коалиціи 92 года европейскихъ державъ противъ революціонной Франціи,

---

[1]) *Курсъ I, стр.51.*

именно, и послужила отмѣна ленныхъ правъ, принадлежавшихъ нѣмецкимъ князьямъ во французскомъ Эльзасѣ.

Съ точки зрѣнія современнаго международнаго права, такъ называемые, международные сервитуты должны быть разсматриваемы, какъ простыя договорныя отношенія, не имѣющія ничего общаго съ jura in re aliena. Наблюдаемыя въ международныхъ отношеніяхъ ограниченія верховенства государства, по справедливому замѣчанію Листа, носятъ не вещный, а лишь обязательственный характеръ[1].

Принципъ исключительности территоріальнаго господства находитъ въ настоящее время свое выраженіе въ томъ, что въ предѣлахъ территоріи даннаго государства не можетъ осуществляться никакая другая власть, по собственному своему праву. Иностранный консулъ долженъ получить отъ мѣстнаго своего правительства exequatur. Пограничныя власти не имѣютъ права преслѣдовать преступника, перешедшаго границу, если это право не предоставлено имъ спеціальнымъ договоромъ. Воюющіе не въ правѣ предпринимать какихъ - либо военныхъ дѣйствій на территоріи нейтральнаго государства. Во время войны армія одной изъ воюющихъ сторонъ, перешедшая границу нейтральнаго государства, должна быть разоружена; и точно также подлежитъ разоруженію военное судно, вошедшее въ нейтральный портъ.

3. До тѣхъ поръ, пока территорія разсматривалась, какъ объектъ власти, начало ея нераздѣльности было совершенно чуждо и неизвѣстно государственному праву. Въ средніе вѣка государственная территорія дробилась и дѣлилась, какъ частная собственность. Въ настоящее время государственная территорія едина и нераздѣльна, какъ едина и нераздѣльна государственная власть, господствующая въ ея предѣлахъ. Этотъ принципъ провозглашенъ французской конституціей 1791 г. (II, п.II) Le royaume est un et indivisible.

4. Какъ сфера господства, а не его объектъ, территорія не можетъ быть предметомъ частно-правныхъ сдѣлокъ одного государства съ другимъ [2]. Въ государствахъ стараго порядка терри -

---

[1]) *И А Л Л А Н Д Ъ. Юридическая природа территоріальнаго верховенства, стр. 212 и сл.*

[2]) *Само собой разумѣется, что государство, какъ фискъ, т. е. частно-правный субъектъ, можетъ отчуждать и пріобрѣтать недви -*

торія продавалась, мѣнялась, дарилась, какъ частная собствен - ность. Жители, какъ крѣпостные, слѣдовали участи земли. Въ настоящее время частно-правныя сдѣлки съ государственной терри - торіей невозможны. Правда, существуютъ переживанія прошлаго, но эти переживанія нисколько не подрываютъ правильности общаго принципа. Къ тому же, они относятся, главнымъ образомъ, къ территоріямъ мало населеннымъ и чаще всего встрѣчаются въ сноше - ніяхъ съ полудикими народами. Такъ, напрм., въ 1878 г. Герма - нія купила у африканаскаго племени одну гавань (Макада) за 261 долларъ и другую (Міако) за 70 долларовъ. Къ тому же порядку явленій относятся договоры объ арендѣ территоріальныхъ владѣ - ній, заключаемые въ настоящее время европейскими державами съ африканскими или азіатскими государствами [1]). Само собой разумѣется, что несмотря на эти и имъ подобные факты, можно, ни сколько не грѣша противъ истины, возвести неотчуждаемость территоріи въ основной принципъ современнаго государственнаго права.

5. Въ заключеніе остановимся на вопросѣ объ уступкѣ терри - торіи, вызываемой военной необходимостью. Во избѣжаніе проти - ворѣчія съ вышеизложенной концепціей территоріи, какъ сферы го сподства, такая уступка должна быть конструирована слѣдующимъ образомъ.

Побѣжденное государство не уступаетъ своей территоріи, а оставляетъ ее, вытѣсняется изъ нея побѣдителемъ. Побѣжденная сторона объявляетъ, что вслѣдствіе обстоятельствъ (требованіе побѣдителей etc.) оно не въ состояніи впредь властвовать въ предѣлахъ опредѣленнаго участка своей территоріи; поэтому оно освобождаетъ, или готово, при соблюденіи побѣдителемъ извѣстныхъ условій, освободить своихъ подданныхъ, населяющихъ этотъ уча - стокъ, отъ правъ и обязанностей подданства. Государственная власть, какъ бы сжимается, уменьшаетъ свою экстенсивность. Жи - тели провинціи, оказавшейся, вслѣдствіе этого, внѣ предѣловъ по

жимость на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и другіе субъекты. Ничто не препятствуетъ Бельгійскому правительству пріобрѣсти участокъ земли въ Парижѣ для постройки дома подъ свое посольство.

[1]) *Примѣры: Брюссельская конвенція 12 мая 1894 г. между Англіей и государствомъ Конго объ уступкѣ первой послѣднему, на правахъ аренды, части Египетскаго Судана съ долинами Баръ-Эль -*

бѣжденнаго государства, имѣютъ право, взявшись за оружіе, от - стоять независимость своей провинціи, какъ самостоятельнаго го- сударства. Поступая такимъ образомъ, они являются не мятежни - ками, а равноправной воюющей стороной. Примѣромъ, подтверждаю- щимъ сказанное, можетъ служить Шведо-Норвежская война 1814 г. Норвегія, принадлежавшая Даніи и уступленная послѣдней по Киль- скому трактату Швеціи, взялась за оружіе и послѣ войны, какъ самостоятельная держава, заключила со Швеціей въ Moss'ѣ трак - татъ, признавшій ея государственный суверенный характеръ [1]) и установившій между нею и Швеціей реальную унію, т.е. междуна - родный союзъ суверенныхъ государствъ въ лицѣ общаго монарха.

Уступка территоріи, понимаемая такимъ образомъ, разумѣется, ничего общаго съ отчужденіемъ ея не имѣетъ и поэтому нисколько не противорѣчитъ принципу неотчуждаемости государственной тер- риторіи.

Таковы выводы изъ теоріи, признающей территорію не объек - томъ, а сферой господства государственной власти. Съ точки зрѣ- нія этой теоріи, подъ государственной территоріей слѣдуетъ по- нимать пространство земли и воды, въ предѣлахъ котораго госу - дарство осуществляетъ надъ людьми свою власть.

3.

О территоріальныхъ границахъ.

Подъ г р а н и ц а м и, въ юридическомъ смыслѣ этого слова, понимается мысленная черта, отдѣляющая территорію одного го - сударства отъ другихъ, съ нею смежныхъ. Ученіе о границахъ со- ставляетъ весьма важную часть общаго ученія о государственной территоріи.

-Газаль и Бафъ-Эль-Арабъ; Конвенція 15 марта 1898 г. между Китаемъ и Россіей объ арендѣ Портъ-Артура и Таліенвана и др.

[1]) *Срв. Титулъ акта и введеніе въ него.*

Границы современнаго государства опредѣляются, по общему правилу, д о г о в о р а м и, соглашеніемъ между заинтересованными государствами. Только договоръ можетъ придать территоріальнымъ границамъ ту опредѣленность, общеизвѣстность, неоспоримость, которыя требуются ихъ природой и назначеніемъ. Только договоръ можетъ служить юридическимъ титуломъ территоріальнаго верховенства. Государственная власть исключительно господствуетъ въ предѣлахъ, опредѣленныхъ и отмежеванныхъ международными трактатами.

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, необходимо, помимо договорныхъ границъ, признать существованіе, такъ называемыхъ, е с т е с т в е н н ы х ъ границъ. Проф. Inama-Sternegg въ своей извѣстной монографіи "Beiträge zur Lehre vom Staatsgebiete" [1]), кромѣ того, подробно останавливается на особыхъ с о ц і а л ь н ы х ъ границахъ государства.

Ученіе объ естественныхъ границахъ, такъ сказать, дипломатическаго происхожденія: во время Вѣнскаго Конгресса, -самаго безпринципнаго и, тѣмъ не менѣе, или, можетъ быть, именно потому самаго щедраго на принципы, теорія естественныхъ границъ пущена была въ оборотъ Bonald'омъ для того, чтобы подкрѣпить притязанія Франціи на лѣвое побережье Рейна. Уже одно такое происхожденіе теоріи заставляетъ насъ отнестись къ ней съ большою осторожностью: дипломатическіе принципы, обыкновенно, придумываются ad hoc и рѣдко переживаютъ ту цѣль, которой они стыдливо служатъ фиговымъ листкомъ. Теорія эта, въ сущности, сводится къ тому, что границы территоріи д о л ж н ы имѣть естественный характеръ, т.е. обозначаться моремъ, горнымъ хребтомъ, теченіемъ большой рѣки и т.д.

Допустимъ, что это такъ. Но, во всякомъ случаѣ, по мнѣнію самого Bonald'a, естественныя границы только должны быть границами, т.е. должны быть признаны таковыми въ трактатахъ. Если онѣ будутъ признаны, онѣ станутъ договорными границами, если не будутъ, -имѣемъ ли мы право признавать ихъ границами, вообще? Мы идемъ, однако, дальше. Въ настоящее время, при опредѣленіи границъ государственной территоріи естественный характеръ этихъ

---

[1]) Tübinger Zeitschr. *1869 г. стр. 446 и сл.*

границъ имѣетъ и долженъ имѣть совершенно маловажное, третье - степенное значеніе.

Кажущимся преимуществомъ естественныхъ границъ является ихъ опредѣленность и постоянство. Но это преимущество только кажущееся. Естественныя границы, въ географическомъ смыслѣ, дѣйствительно, являются чѣмъ то постояннымъ и опредѣленнымъ. Но политика не географія. Въ политикѣ, какъ справедливо замѣчаетъ Inama-Sternegg, во всякомъ случаѣ, могли бы имѣть значеніе только тѣ изъ естественныхъ границъ, которыя з а т р у д н я ю т ъ с н о ш е н і я и о б л е г ч а ю т ъ о б о р о н у. Если же это, дѣйствительно, такъ, то въ виду усовершенствованія путей и средствъ сообщенія, въ виду прогресса въ военномъ искусствѣ, о постоянствѣ, о неподвижности естественныхъ границъ, въ политическомъ смыслѣ этого слова, не можетъ быть и рѣчи. Тѣ самые географическіе моменты, которые въ средніе вѣка служили стѣной, отдѣлявшей страну отъ страны, въ настоящее время могутъ не только не мѣшать, но, наоборотъ, способствовать сношеніямъ между ними.

Во время великаго переселенія народовъ море, несомнѣнно, являлось неодолимымъ препятствіемъ для движенія племенъ. Въ настоящее время, море если и раздѣляетъ враговъ, является мостомъ для друзей. Еще не такъ давно нуженъ былъ геній Суворова для того, чтобы перевести войско черезъ Альпы. Въ настоящее время мчащійся поѣздъ перебрасываетъ тысячи людей черезъ водораздѣльныя высоты Бреннера. Нѣкогда пустыни, лежащія между странами, являлись непроходимымъ барьеромъ, отдѣляющимъ ихъ другъ отъ друга. Наше время объявило рѣшительную войну всему, что называется п у с т ы н е й, и человѣчество съ каждымъ годомъ одерживаетъ новыя и новыя побѣды надъ нѣкогда непобѣдимой природой. Однимъ изъ величайшихъ примѣровъ подобныхъ культурныхъ побѣдъ является Сибирская желѣзная дорога.

Вотъ почему мы думаемъ, что естественные моменты въ настоящее время не имѣютъ почти никакого значенія даже при опредѣленіи договорныхъ границъ; о естественныхъ же границахъ совсѣмъ не можетъ быть рѣчи. Теоріи естественныхъ границъ уже давно уготовано мѣсто въ архивѣ политическихъ ученій.

Нельзя сказать того же о соціальныхъ границахъ. По мнѣнію Inama-Sternegg'a, каждое государство должно, по возможности, пред-

ставлять х о з я й с т в е н н у ю и н а ц і о н а л ь - н у ю единицу; другими словами, народное хозяйство должно находить все, или почти все, необходимое въ предѣлахъ государственной территоріи; народъ, населяющій территорію, долженъ принадлежать къ одной національности. Этимъ требованіямъ должны отвѣчать территоріальныя границы каждаго современнаго государства.

Дѣйствительно, нельзя не согласиться съ тѣмъ, что благосостоянію и процвѣтанію государства въ значительной степени способствуетъ "соціальный" характеръ его границъ. Съ теоріей соціальныхъ границъ государство должно считаться, устанавливая или измѣняя свои границы договорнымъ путемъ. Въ этомъ отличіе разсматриваемой теоріи отъ теоріи естественныхъ границъ.

Но съ другой стороны, соціальныя границы, какъ и естественныя, ни въ какомъ случаѣ не являются границами въ собственномъ и единственно возможномъ смыслѣ этого слова. Договорныя границамъ, отдѣляющимъ одно государство отъ другого, слѣдовало бы имѣть с о ц і а л ь н ы й характеръ. Но с о ц і а л ь н ы х ъ границъ, отдѣляющихъ одно государство отъ другого и н е у с т а н о в л е н н ы х ъ договорами, дѣйствительность совершенно не знаетъ.

Итакъ, подъ территоріальными границами государства понимаются территоріальныя границы его властвованія, отмежеванныя и опредѣленныя трактатами.

Глава четвертая.

ЭЛЕМЕНТЫ ГОСУДАРСТВА.

II. Народъ.

Вторымъ элементомъ государства является народъ. Нѣтъ, кажется, въ общемъ ученіи о государствѣ, вопроса, въ которомъ господствовала бы такая путаница понятій, какъ въ вопросѣ объ

опредѣленіи понятія: "народъ". Чтобы разобраться въ этомъ вопросѣ, необходимо, прежде всего, разграничить понятія народа, націи и народонаселенія.

I. Народъ и нація.

Magis ex errore quam ex confusione oritur veritas.

Необходимо, прежде всего, разграничить два смежныхъ, но, тѣмъ не менѣе, существенно другъ отъ друга отличныхъ понятія: **народъ и націю.**

Подъ народомъ, въ противоположность націи, понимается всякая организованная группа людей, объединенная и обособленная отъ смежныхъ группъ государствомъ. Государство является, такимъ образомъ, индивидуализирующимъ моментомъ въ понятіи народа.

Народъ - понятіе юридическое; признаемъ ли мы его объектомъ или субъектомъ государственнаго господства, во всякомъ случаѣ, онъ является существенно необходимымъ элементомъ юридической конструкціи государства. И точно также, какъ бы мы ни смотрѣли на международное общеніе, во всякомъ случаѣ, народъ существенный необходимый элементъ юридической конструкціи международнаго союза.

Было время - и еще не такъ давно - когда народъ являлся высшей и единственной, въ своемъ родѣ, формой политическаго общенія. Въ настоящее время человѣчество, независимо отъ дѣленія на народы, дѣлится на множество родственныхъ группъ, границы которыхъ не всегда и не обязательно совпадаютъ съ границами государствъ. Кромѣ народовъ, существуютъ націи. Итальянцы, въ эпоху своего политическаго раздробленія, распадаясь на нѣсколько народовъ, являлись, однако, одной національностью. Наоборотъ, австрійцы, будучи однимъ народомъ, распадаются на нѣсколько отдѣльныхъ, и даже враждебныхъ другъ другу національностей. Говоря о полякахъ, мы различаемъ австрійскихъ, германскихъ и русскихъ поляковъ; это значитъ, что одна и та же національность входитъ въ составъ трехъ различныхъ народовъ.

По справедливому замѣчанію Лорана, отрицать существованіе націи, значитъ, отрицать дневной свѣтъ.

Но вотъ въ чемъ вопросъ: что такое нація? Въ чемъ заключа -

ется ея индивидуализирующій моментъ, - то начало, которое насъ заставляетъ множество людей, живущихъ на большихъ простран - ствахъ, видимо ничѣмъ не объединенныхъ, принадлежащихъ, можетъ быть, къ различнымъ государствамъ, подводить подъ одну катего- рію, признавать однородною, р о д с т в е н н о ю группой.

Какъ справедливо указываетъ проф. Даневскій, существуетъ около ста различныхъ опредѣленій начала національности. Одни писатели конститутивнымъ ея элементомъ считаютъ общее проис - хожденіе, другіе-единство территоріи, третьи - религію, чет - вертые-языкъ и т.д.

Нисколько не сомнѣваясь въ значительномъ вліяніи, оказывае- момъ этими факторами на созданіе національнаго чувства, мы, тѣмъ не менѣе, никоимъ образомъ не можемъ признать за ними значенія конститутивнаго, индивидуализирующаго момента. Вообще, нѣтъ ни одного в н ѣ ш н я г о признака, которымъ бы всегда и необ - ходимо опредѣлялась національность.

Признаки, выдвигаемые различными писателями, отнюдь не со - здаютъ національности; въ лучшемъ случаѣ они поддерживаютъ и укрѣпляютъ уже существующее національное чувство.

Что касается, прежде всего, общности происхожденія, или расы, то необходимо замѣтить, что происхожденіе современныхъ націй теряется во тьмѣ временъ и съ точностью наукѣ неизвѣстно. Не - зависимо отъ того, самая о б щ н о с т ь происхожденія - по- нятіе относительное. Съ одной стороны, несмотря на наличность рѣзкихъ національныхъ особенностей, всѣ европейскіе народы при- надлежатъ къ одной и той же арійской расѣ; съ другой стороны, ни одинъ изъ европейскихъ народовъ, хотя бы и съ наиболѣе рѣзко выраженной національной индивидуальностью, не можетъ сослаться на общность своего происхожденія въ собственномъ или т ѣ с - н о м ъ смыслѣ этого слова. Всѣ безъ исключенія западно-евро- пейскіе народы произошли изъ смѣшенія германскихъ и кельтскихъ элементовъ. Несмотря на рѣзкую оригинальность англійскаго на- ціональнаго типа, населеніе современной Англіи создано сліяні - емъ множества чуждыхъ другъ другу національностей - бриттовъ, саксовъ, датчанъ и нормандцевъ. Въ жилахъ современнаго францу- за течетъ кровь кельтовъ и германцевъ, иберовъ и лигуровъ, гре- ковъ и римлянъ.

По словамъ одного изъ современныхъ французскихъ писателей,

французская, германская и, въ особенности, итальянская націо - нальность образовались изъ шести или семи нѣкогда чуждыхъ другъ другу расъ.

Наконецъ, не слѣдуетъ преувеличивать значеніе расоваго на - чала. Негры Ямайки въ настоящее время стоятъ гораздо ближе къ англичанамъ, нежели къ неграмъ Золотого берега. На Антильскихъ островахъ негры говорятъ по-французски, по-англійски, по-ис - пански; негры-французы считаютъ своими соотечественниками бѣ - лыхъ французовъ, а отнюдь не негровъ - англичанъ. (Новиковъ).

Итакъ, степень вліянія, оказываемаго общностью происхожде - нія, или расой на созданіе націи, въ точности неизвѣстна; во всякомъ случаѣ, конститутивнымъ элементомъ націи общность проис - хожденія служить не можетъ.

Переходимъ къ разсмотрѣнію слѣдующаго момента, будто бы, ха- рактеризующаго національность, - а именно, е д и н с т в а т е р р и т о р і и. Теорія, выдвигающая на первый планъ един - ство территоріи, какъ отличительный признакъ національности, извѣстна подъ именемъ теоріи е с т е с т в е н н ы х ъ г р а - н и ц ъ.

Согласно этой теоріи, естественныя границы - рѣки и моря, пустыни и горы, - затрудняя международныя сношенія, ведутъ къ образованію обособленныхъ національныхъ группъ. Группы эти пріобрѣтаютъ постоянный, неподвижный характеръ вслѣдствіе посто - янства и неподвижности естественныхъ границъ. Замкнутая въ са- мой себѣ и обособленная отъ сосѣдей, постоянная національная группа и есть ничто иное, какъ нація.

Какъ уже указано выше, естественныя границы не могутъ быть разсматриваемы, какъ барьеръ, обособляющій государство отъ внѣшняго міра. Тѣмъ менѣе, естественныя границы обособляютъ со- временныя націи другъ отъ друга.

Въ эпохи религіознаго фанатизма и религіозной нетерпимости, религія, дѣйствительно, являлась объединяющимъ и обособляющимъ началомъ національности. Въ настоящее время, религія, въ луч - шемъ случаѣ, поддерживаетъ сепаратизмъ уже существующихъ націй; вести къ образованію новыхъ она, во всякомъ случаѣ, не можетъ. Христіанство, по своей природѣ, имѣетъ характеръ міровой, а не національной религіи. Для вѣрующей части современныхъ обществъ, христіанство является религіей общечеловѣческаго братства и

любви; для невѣрующей или индифферентной - религія, вообще, никакого политическаго значенія имѣть не можетъ. Можно ли говорить о національномъ характерѣ современныхъ религій, когда, сплошь и рядомъ, различныя національности исповѣдуютъ одну и ту же религію и различныя религіи исповѣдуются одной и той же національностью?

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что изъ всѣхъ перечисленныхъ факторовъ, наиболѣе сильное и наиболѣе глубокое вліяніе на выработку и развитіе національности оказываетъ національный языкъ. Общность языка всего болѣе сближаетъ людей, точно также, какъ различіе языковъ, всего болѣе разобщаетъ ихъ. Еще блаженный Августинъ училъ, что люди, говорящіе на разныхъ языкахъ, несмотря на сходство природы, совершенно чужды другъ другу; такъ что человѣку ближе его собака, нежели другой человѣкъ, говорящій на непонятномъ языкѣ. - И, тѣмъ не менѣе, являясь могучимъ средствомъ сближенія людей, равно какъ обособленія ихъ, общій языкъ, по многимъ причинамъ, не можетъ быть признанъ конститутивнымъ элементомъ національности.

Прежде всего, нельзя не замѣтить, что въ высшей степени трудно, а, можетъ быть, и невозможно рѣшить, какой именно языкъ долженъ быть признанъ критеріемъ національности, - народный ли діалектъ, или же литературный и научный языкъ. Вопросъ этотъ отнюдь не является исключительно теоретическимъ; знаменитый споръ о національности эльзасцевъ лучше всего доказываетъ его огромную практическую важность. Какъ извѣстно, эльзасцы говорятъ на діалектѣ германскаго происхожденія, тогда какъ литературнымъ языкомъ ихъ является французскій. И вотъ, французскіе писатели (Ренанъ и др.), ссылаясь на литературный языкъ, доказываютъ французскую національность эльзасцевъ, и, наоборотъ, нѣмецкіе писатели (Кремеръ, Бонъ и др), ссылаясь на народный діалектъ, - германскую національность ихъ.

Если мы признаемъ критеріемъ національности народный діалектъ, въ такомъ случаѣ придется допустить въ предѣлахъ одного и того же народа столько національностей, сколько существуетъ въ предѣлахъ одного и того же языка діалектовъ. Врядъ ли, однако, это возможно. Въ одной Германіи около 23-хъ главныхъ діалектовъ; аборигены Мексики говорятъ на 700 діалектахъ. Неужели въ Германіи или въ Мексикѣ столько націй, сколько діалектовъ? Признавая народный діалектъ конститутивнымъ элемен-

томъ національности, мы должны были бы допустить существованіе швабской, саксонской, померанской, нормандской, бургундской, каталонской, венеціанской, сицилійской и другихъ, тому подобныхъ, націй (Новиковъ). Но возможно ли это?

Съ другой стороны, врядъ ли возможно привести какія - либо вѣскія основанія въ пользу признанія критеріемъ національности литературнаго языка. Бываютъ времена, когда литературный языкъ совершенно чуждъ и непонятенъ народу. Въ эпоху Возрожденія литературнымъ языкомъ Италіи былъ латинскій языкъ. До 40-хъ гг. настоящаго столѣтія тотъ же латинскій языкъ былъ литературнымъ и научнымъ языкомъ Венгріи. Да и вообще, литературный языкъ всегда и вездѣ, въ большей или меньшей степени, чуждъ народной массѣ; признавая его основаніемъ національности, мы должны eo ipso признать, что классы общества, не владѣющіе литературнымъ языкомъ, стоятъ внѣ націи, лишены національнаго чувства. Между тѣмъ, нерѣдко, наблюдается явленіе діаметрально противоположное: въ высшихъ классахъ господствуютъ космополитическія тенденціи и только въ низшихъ, темныхъ массахъ, живетъ національная идея.

Независимо отъ вышеизложеннаго, нельзя не признать, вмѣстѣ съ Этвешемъ, что языкъ является средствомъ для сохраненія національной обособленности лишь въ той мѣрѣ, въ какой различіе нарѣчій влечетъ за собой различіе понятій и идей. Между тѣмъ, въ настоящее время цивилизованный міръ все въ большей и большей степени пріобрѣтаетъ характеръ одной и единой "республики идей". Шекспиръ и Байронъ, Гете и Шиллеръ, Пушкинъ и Толстой составляютъ общее достояніе всѣхъ народовъ; каждая новая истина съ быстротою молніи облетаетъ міръ. При такихъ условіяхъ, различіе нарѣчій не имѣетъ, да и имѣть не можетъ, рѣшающаго значенія въ дѣлѣ объединенія и обособленія націй.

И дѣйствительно, если мы припомнимъ національную группировку человѣчества, мы легко убѣдимся, что общій языкъ не всегда является необходимымъ конститутивнымъ элементомъ національности. Не ясно ли, что о значеніи національнаго языка можно говорить лишь въ томъ случаѣ, если этотъ языкъ совершенно непонятенъ и чуждъ другимъ націямъ. Такъ наприм., есть основаніе думать, что мадьярская нація, окруженная могучими и враждебными сосѣдями, обязана своимъ существованіемъ, главнымъ образомъ, мадьярскому языку. Но, съ другой стороны, о національномъ языкѣ

не можетъ быть и рѣчи въ тѣхъ случаяхъ, когда двѣ различныя націи говорятъ на одномъ и томъ же языкѣ, или наоборотъ, одна и та же нація говоритъ на различныхъ языкахъ.

Игралъ ли какую - либо роль языкъ въ образованіи сѣверо-американской, бельгійской, или бразильской національности? Жители Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ говорятъ языкомъ ихъ прежней метрополіи, и, тѣмъ не менѣе, чужды и даже враждебны ей. Южно - американскія республики, бывшія испанскія колоніи, го - раздо ближе Соединеннымъ Штатамъ единоплеменной, но далекой Англіи. Если бы въ настоящее время Франція попыталась инкорпорировать Бельгію, развѣ бельгійцы не возстали бы противъ такой попытки во имя національнаго принципа, - во имя свободы и не - зависимости націи?

Швейцарскій профессоръ Гильти, и вслѣдъ за нимъ проф. Блунчли, справедливо доказываютъ, что въ національномъ характерѣ швейцарскаго народа не можетъ быть никакихъ сомнѣній. А, между тѣмъ, швейцарцы говорятъ на разныхъ языкахъ; согласно Швейцар - ской конституціи "три главныхъ языка Швейцаріи - нѣмецкій, французскій и итальянскій признаются н а ц і о н а л ь н ы м и я з ы к а м и конфедераціи". Въ Бельгіи валлоны говорятъ по-французски и фламандцы - по-нѣмецки, и, тѣмъ не менѣе, - вал - лоны - не французы и фламандцы - не нѣмцы.

Такимъ образомъ, не только въ теоріи, но и de facto общій языкъ отнюдь не является конститутивнымъ моментомъ національ - ности.

Различіе происхожденія, религіи, языка - существовало вездѣ и всегда; между тѣмъ еще въ XVIII вѣкѣ, - въ эпоху, такъ назы - ваемаго, стараго порядка, - понятіе о націи, въ противополож - ность понятію народа, оставалось неизвѣстнымъ политической мы - сли. Собирая землю, абсолютные монархи не считались съ націо - нальнымъ принципомъ, потому что они не знали его. Государства слагались путемъ завоеваній, браковъ, дареній, мѣны, купли, про- дажи и т.п.

Разноплеменные народы охотно подчинялись одному и тому же скипетру; если и были революціи, то онѣ вызывались отнюдь не національной идеей, а политическимъ угнетеніемъ или религіоз - нымъ фанатизмомъ.

Еще король Стефанъ Венгерскій и, гораздо позднѣе, Карлъ VI полагали, что государство одного племени и одного языка безсильно и ничтожно [1]). Австрійскій императоръ Францъ, уже въ нашемъ столѣтіи, слѣдующими словами охарактеризовалъ свое отношеніе, - т.е. отношеніе абсолютнаго монарха стараго режима, - къ національному вопросу: "Мои народы, - сказалъ онъ однажды французскому дипломату, - чужды другъ друга, и тѣмъ лучше. Они не заболѣваютъ одновременно одной и той же болѣзнью. Когда лихорадка начинается во Франціи, она схватываетъ всѣхъ насъ. Я же ввожу венгровъ въ Италію, итальянцевъ въ Венгрію. Каждый стережетъ своего сосѣда; всѣ не понимаютъ и ненавидятъ другъ друга. Изъ этихъ антипатій рождается порядокъ; изъ ненависти - всеобщій миръ".

Французская революція, выросшая на почвѣ естественнаго права и вѣрная его абсолютнымъ и универсальнымъ категоріямъ, по самому своему духу, чужда была національной идеи. Законодательныя собранія революціонной Франціи издаютъ свои законы не для французовъ, а для человѣка вообще; вспомнимъ знаменитую декларацію правъ гражданина и ч е л о в ѣ к а . Конституція 1793 года объявляетъ французомъ de plein droit всякаго иностранца, прожившаго во Франціи годъ; причемъ натурализація такого иностранца отнюдь не обусловлена согласіемъ или просьбой его. Это согласіе и просьба презумируются; ибо можно ли сомнѣваться въ томъ, что каждый иностранецъ почтетъ за счастье и честь для себя стать французомъ?

Декреты Конвента заявляютъ, что Франція готова оказать братскую помощь всѣмъ народамъ, которые захотятъ ввести у себя свободу. Французы считаютъ себя освободителями всего міра: весь міръ долженъ стать свободнымъ, - другими словами, - весь міръ долженъ стать Франціей. Когда я смотрю на географическую карту, - говоритъ Анахарсисъ Клоотцъ, - мнѣ кажется, что прочія страны исчезли и я вижу только одну Францію. Ва-

---

[1]) Unius linguae uniusque moris imbecille et fragile est.

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". Проф. В. М. Гессенъ. Изданіе Студ. Кассы Взаимопомощи при СПБ. Политехн. Институтѣ. Типо-литографія И. Трофимова. СПБ. Можайская, 3. 1.-7.

реръ въ своей рѣчи въ Конвентѣ объявляетъ невыносимымъ федерализмъ, основанный на отсутствіи свободы въ сообщеніи мыслей. "Мы революціонировали, - восклицаетъ онъ, - правительство, законы, обычаи, нравы, одежду, торговлю и самую мысль. Революціонируемъ же языкъ, орудіе повседневной жизни... Федерализмъ и суевѣріе говорятъ по-бретонски, эмиграція и ненависть къ республикѣ - по-нѣмецки, контръ-революція - по-итальянски, фанатизмъ - на языкѣ басковъ. Уничтожимъ эти языки, это орудіе вреда и заблужденій".

Завоевательная политика Наполеона является прямымъ результатомъ анти-національныхъ тенденцій революціи; несмотря на пышныя фразы своихъ декларацій, Наполеонъ презиралъ независимость государствъ и игнорировалъ независимость націй. Еще будучи первымъ консуломъ, онъ обратился къ представителямъ швейцарскаго народа со слѣдующей повелительной рѣчью: "Необходимо, чтобы во всемъ, что касается Франціи, Швейцарія была ф р а н ц у з с к о й, подобно всѣмъ с т р а н а м ъ, сопредѣльнымъ Франціи". Въ этихъ словахъ - вся политика Наполеона. Его система федеративныхъ республикъ есть ни что иное, какъ замаскированная система инкорпорацій. Идеаломъ Наполеона была всемірная монархія. Послѣ Іенскаго сраженія войска привѣтствовали императора крикомъ: "Да здравствуетъ Императоръ Запада". Самъ Наполеонъ сказалъ о себѣ: "Я - Императоръ Континента". - (Лоранъ).

Военные успѣхи Наполеона объясняются, главнымъ образомъ, тѣмъ, что въ теченіе долгаго времени ему приходилось вести войну съ правительствами, а не съ націями. Къ началу вѣка абсолютная монархія Старой Европы находилась въ состояніи совершенной деворганизаціи и безсилья; что касается націй, то ихъ еще не было, онѣ не выступили еще на сцену исторіи. Еще не родилась та сила, которой вскорѣ суждено было потрясти Европу, - та сила, которую зовутъ національной идеей.

Извѣстныя слова Меттерниха: "Италія - географическій терминъ", являясь анахронизмомъ для того времени, когда онѣ были сказаны, вполнѣ примѣнимы къ Италіи начала вѣка. Въ теченіе долгаго времени лучшіе нѣмцы отчаявались въ возможности возсозданія германской націи. Отличительное свойство германскаго народа, - говоритъ Лессингъ, - заключается въ томъ, что

онъ не имѣетъ національнаго характера. Фр. Шлегель считаетъ анархію истинной конституціей Германіи, какъ цѣлаго... Знаменитый Гете однимъ словомъ характеризуетъ состояніе Германіи къ началу вѣка: Германія, говоритъ онъ, не нація. И для своего времени эти писатели были правы. Конечно, и въ началѣ вѣка Германія обладала племеннымъ единствомъ; она говорила на одномъ языкѣ, но въ ней не было того, что, въ дѣйствительности, образуетъ націю: сознанія общихъ интересовъ и стремленій, національнаго самосознанія, національной души.

Это сознаніе родилось и окрѣпло подъ тяжелымъ гнетомъ иноземнаго владычества.

Медленно и незамѣтно, долгимъ историческимъ процессомъ создается національность; но до тѣхъ поръ, пока объективныя, матеріальныя основы ея не претворятся въ духовную потенцію, въ національное самосознаніе, - національность существуетъ, какъ возможность, но, пока еще, не какъ фактъ. Она не ἐνέργεια, а δύναμις Аристотеля. Люди должны сперва себя почувствовать націей, чтобы затѣмъ стать таковой. Дѣло натуралиста классифицировать растенія и животныя по различнымъ родамъ, сообразно природѣ ихъ; но мы спрашиваемъ самого человѣка, къ какой націи онъ принадлежитъ. Безъ національнаго самосознанія нѣтъ и не можетъ быть націи. Каждая нація, - говоритъ, вслѣдъ за Манчини, проф. Градовскій, начинаетъ существовать съ того момента, какъ она можетъ сказать о себѣ: cogito-ergo sum!

Тяжелый гнетъ Наполеоновскаго режима послужилъ тѣмъ ударомъ, той искрой, благодаря которой въ Испаніи, Италіи и Германіи проявилась во внѣ скрытая энергія національнаго чувства. Наполеонъ вызвалъ къ жизни новую силу, отъ которой ему суждено было пасть. Восторжествовавшій надъ коалиціями почти всѣхъ европейскихъ государствъ, онъ оказался ничтожнымъ и безсильнымъ предъ лицомъ націи. Съ его паденіемъ начинается новая эра въ исторіи Европы - эра національностей.

Итакъ, національное самосознаніе, - чувство національнаго родства, съ одной стороны, и національной обособленности, съ другой, - таковъ конститутивный элементъ въ національности. Чувство это создается общей исторіей, - исторіей культурной, вообще, и политической, въ особенности. Національная литература, національное искусство, будучи проявленіями на-

ціональнаго генія, являются, въ то же время, вѣчнымъ источни - комъ, питающимъ національный духъ. Отвергнувъ всемірный языкъ латинскій, создавъ для Италіи особый языкъ, и написавъ на немъ одно изъ своихъ безсмертныхъ произведеній, Данте, - непроизвольно и, можетъ быть, безсознательно, - положилъ начало будущему національному объединенію Италіи.

Общія воспоминанія въ прошломъ, общіе идеалы въ будущемъ связываютъ людей невидимой, но крѣпкой связью, которую мы называемъ національнымъ чувствомъ.

Бываютъ націи, которыя говорятъ на разныхъ языкахъ и молятся въ разныхъ храмахъ, но нѣтъ и не можетъ быть націи, которая не имѣла бы общихъ героевъ и общихъ враговъ, не пережила бы въ прошломъ и торжества побѣдъ и горечи пораженій.

Теперь, кажется, можно попытаться отвѣтить на вопросъ: ч т о т а к о е н а ц і я ?

Подъ націей мы понимаемъ совокупность людей, сближенныхъ сознаніемъ общности душевнаго, умственнаго и отчасти физическаго склада, - общности, исторически выработанной и ставшей наслѣдственной.

Національное самосознаніе, конститутивное начало національности, слагается изъ двухъ элементовъ: съ одной стороны, оно является чувствомъ національнаго родства; съ другой - чувствомъ національной обособленности.

Такимъ образомъ, національная обособленность требуется самой природой націи. Съ того момента, какъ та или иная соціальная группа, хотя бы даже сохранивъ свой особый языкъ, свою религію и т.д., сливается съ сосѣдней группой въ одно, не только политическое, но и культурное цѣлое, такая группа перестаетъ быть націей. Истина эта всецѣло подтверждается исторіей; въ свою очередь, она лучше всего доказываетъ, что сущность націи не въ объективныхъ факторахъ этнографіи, а въ субъективномъ факторѣ психологіи.

Послѣ вышеизложеннаго различіе между народомъ и націей очевидно. Конститутивнымъ началомъ народа является внѣшній, объективный моментъ, - государственная связь. Конститутивнымъ началомъ націи - моментъ внутренній, субъективный, - національное самосознаніе.

Отсюда - полная опредѣленность понятія народа и крайняя

неопредѣленность понятія націи. Психическія основы національности, какъ всѣ, вообще, психическіе феномены, въ значительной степени, неуловимы; наличность или отсутствіе ихъ не всегда могутъ быть установлены съ достаточною увѣренностью и опредѣленностью. Въ предѣлахъ одной и той же національности всегда существуютъ группы болѣе тѣсныя и родственныя, сближенныя общностью мѣстожительства, профессіональныхъ интересовъ или принадлежностью къ одной и той же религіи. Такія группы иногда почти невозможно отличить отъ національностей, существующихъ въ государствѣ. Одна и та же нація нерѣдко слагается изъ частей, нѣкогда чуждыхъ или даже враждебныхъ другъ другу. Такія части въ теченіе долгаго времени сохраняютъ остатки прежняго сепаратизма и шовинизма. Можно ли, однако, считать ихъ какими то sous-nationalités, какими то "національностями въ національности?" Существуетъ ли баварская національность? Конечно нѣтъ. А между тѣмъ, стоитъ только почитать баварскихъ публицистовъ, - хотя бы такихъ, какъ извѣстный Максъ Зейдель, - для того, чтобы убѣдиться, что между "баварскимъ самосознаніемъ" и "самосознаніемъ національнымъ" трудно провести какую нибудь отчетливую и рѣзкую грань. Необходимо, однако, замѣтить, что указанная нами неопредѣленность никакъ не можетъ быть поставлена въ упрекъ опредѣленію національности, данному выше.

Эта неопредѣленность имманентна національности, какъ факту; она не привносится опредѣленіемъ, а только отражается въ немъ.

Выше уже было указано нами, что народъ - понятіе юридическое: въ отличіе отъ народа, нація - культурное понятіе (Culturbegriff).

Давно разоблаченная критикой ошибка итальянской національной школы, во главѣ съ Манчини, заключается, именно, въ томъ, что она разсматриваетъ націю, какъ юридическую категорію государственнаго и международнаго права. По ученію этой школы - нація - и только нація, - служитъ субстратомъ настоящаго, правомѣрнаго государства. Точно также, лицомъ или субъектомъ международнаго права, является не государство, не народъ, а нація.

Теорія Манчини и его послѣдователей стоитъ въ очевидномъ

противорѣчіи съ неопровержимыми фактами дѣйствительной жизни. Ни государственное, ни международное право не знаетъ націи. Лицомъ публичнаго права, или, другими словами, субъектомъ публичныхъ правъ признается поданный: совокупность поддан - ныхъ образуетъ народъ, а не націю. Австрійскій нѣмецъ явля - ется въ Германіи такимъ же иностранцемъ, какъ итальянецъ или французъ. Сплошь и рядомъ люди одной и той же національности входятъ въ составъ различныхъ народовъ и наоборотъ, люди различныхъ національностей образуютъ одинъ и тотъ же народъ. Дурно ли это, или хорошо - другой вопросъ; во всякомъ случаѣ - это фактъ. Въ виду такого факта не можетъ подлежать сомнѣнію, что основнымъ элементомъ современнаго государства является не нація, а народъ. И точно также не нація, а народъ является субъектомъ международнаго права. Нужно ли доказывать, что современное международное право не знаетъ польской націи, не считаетъ ее членомъ международнаго общенія, субъектомъ международныхъ правъ? Для того, чтобы стать такимъ субъектомъ, нація должна, прежде всего, стать народомъ, государствомъ (Вульмерингъ, Мартенсъ и др.). Національный вопросъ - вопросъ политики, а не права.

ГЛАВА 4.

ПОДДАННЫЙ И ИНОСТРАНЕЦЪ.

I.

Иностранецъ, пребывающій въ предѣлахъ даннаго государства, является п о д д а н н ы м ъ мѣстной государственной власти. Государство, по вѣрному замѣчанію Otto Mayer'a, не есть общество (Verein), правленіе котораго имѣетъ опредѣленную уставомъ власть только надъ принятыми надлежащимъ образомъ въ его составъ членами.

Государство - властвующій субъектъ по отношенію ко всякому, кого фактически можетъ достать его рука, - по отношенію къ иностранцу, пребывающему на его территоріи совершенно такъ же, какъ по отношенію къ туземцу.

Иностранецъ п о д ч и н я е т с я мѣстной государственной власти, - и если принять во вниманіе, что status подданства исчерпывается моментомъ подчиненія, то необходимо признать, что иностранецъ является въ такомъ же смыслѣ подданнымъ, какъ и лицо, называемое подданнымъ въ противополож - ность иностранцу.

Будучи мѣстнымъ подданнымъ, иностранецъ въ странѣ своего пребыванія является, равнымъ образомъ, м ѣ с т н ы м ъ гражданиномъ.

Какъ бы ни были урѣзаны субъективныя публичныя права иностранца, во всякомъ случаѣ, онъ является л и ц о м ъ публичнаго права. Даже лишенный, такъ называемыхъ, политическихъ правъ (правъ а к т и в н а г о статуса), онъ необходимо обладаетъ, въ большемъ или меньшемъ объемѣ, правами негативнаго и позитивнаго статуса, - правами свободы и правами на услуги государственной власти, - напримѣръ , правомъ иска. А такъ какъ понятіе гражданства отнюдь не опредѣляется о б ъ е м о м ъ публичныхъ правъ, то, очевидно, иностранецъ является гражданиномъ въ такомъ же смыслѣ, какъ лицо, называемое гражданиномъ въ противоположность ино - странцу.

лицо, называемое гражданиномъ въ противоположность иностранцу.

Выставленныя положенія могутъ считаться общепризнанными. Что иностранецъ является подданнымъ мѣстной власти, subditus temporarius, какъ его называютъ, - это не подлежитъ сомнѣнію; равнымъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что онъ является гражданиномъ, въ установленномъ выше смыслѣ этого слова. Иностранецъ не только subditus, но и civis temporarius.

Встрѣчающееся въ литературѣ отрицаніе этого факта объясняется исключительно тѣмъ, что, по установившемуся словоупотребленію, подъ гражданствомъ, по общему правилу, понимаютъ не опредѣленный status, а с о в о к у п н о с т ь опредѣленныхъ субъективныхъ публичныхъ правъ, - и именно тѣхъ, которыя въ данномъ государствѣ принадлежатъ подданному въ отличіе его отъ иностранца.

Съ точки зрѣнія принятой нами терминологіи, иностранецъ, несомнѣнно, долженъ быть признанъ гражданиномъ, ибо отноше-

ніе его къ мѣстной государственной власти является **п р а в о о т н о ш е н і е м ъ**, а самъ онъ-правоспособнымъ субъектомъ.

Иностранецъ является подданнымъ и гражданиномъ, но, въ то же время, иностранецъ, какъ таковой, противополагается подданному и гражданину.

Отсюда выводъ: кромѣ установленнаго значенія понятій: "подданный" и "гражданинъ" - эти понятія имѣютъ еще другое, болѣе узкое значеніе; ими покрывается **б о л ѣ е т ѣ с н ы й** кругъ индивидовъ, - а именно, кругъ всѣхъ, вообще, опредѣляемыхъ правомъ государства лицъ, за **и с к л ю ч е н і е м ъ и н о с т р а н ц е в ъ**.

Вопросъ объ опредѣленіи разсматриваемыхъ понятій, въ ихъ второмъ, болѣе узкомъ и спеціальномъ значеніи слова - сводится къ проблемѣ: въ чемъ заключается юридическое различіе между подданнымъ и гражданиномъ, (въ тѣсномъ смыслѣ слова) съ одной стороны, и иностранцемъ - съ другой.

Теорія, господствующая въ доктринѣ государственнаго права, различіе между подданнымъ и иностранцемъ усматриваетъ въ содержаніи государственнаго господства надъ тѣми и другими. Различіе это заключается въ томъ, что подданный несетъ обязанности, отъ которыхъ иностранцы свободны, - и обладаетъ правами, которыхъ лишены иностранцы. Всю совокупность обязанностей индивида по отношенію къ государству нѣмецкіе публицисты, по общему правилу, сводятъ къ двумъ категоріямъ, - обязанности послушанія (Gehorsamspflicht) и обязанности вѣрности Treuverpflichtung).

Обязанность послушанія возлагается государствомъ на всѣхъ индивидовъ, - и на подданныхъ и на иностранцевъ, пребывающихъ въ его предѣлахъ; наоборотъ, обязанность вѣрности требуется только отъ подданныхъ. Обязанность вѣрности признается, такимъ образомъ, principium individuationis въ понятіи подданства.

Изложенная теорія является несостоятельной уже по одному тому, что наряду съ обязанностью послушанія, обязанности вѣрности, въ юридическомъ смыслѣ слова, нѣтъ и не можетъ быть мѣста. Вмѣстѣ съ Іеллинекомъ мы думаемъ, что понятіе "вѣрности" лишено какого бы то ни было юридическаго содержанія. По-

сколько изъ него выводится обязанность воздерживаться отъ совершенія воспрещенныхъ и совершать требуемыя закономъ дѣйствія, - обязанность вѣрности совпадаетъ съ обязанностью послушанія; поскольку же обязанность вѣрности имѣетъ этическій характеръ, самое понятіе вѣрности относится не къ области публичнаго права, а къ области политической морали.

Намъ кажется несомнѣннымъ, что обязанность вѣрности можетъ и должна быть выводима не изъ юридическаго понятія подданства, а изъ политическаго понятія патріотизма. Только повиновеніе закономѣрнымъ велѣніямъ государственной власти является юридической категоріей государственнаго права. Однимъ повиновеніемъ, конечно, не исчерпывается все отношеніе подданнаго къ государству. Но юриспруденція и не можетъ охватить этого отношенія въ цѣлости: этическая его сторона, несмотря на всю свою важность необходимо имѣетъ мета-юридическій характеръ. Не подлежитъ сомнѣнію, что патріотизмъ -жизненный элементъ всякаго здороваго государства; онъ не можетъ быть, однако, вмѣщенъ въ формальную категорію права.

Подобно субъективнымъ публичнымъ обязанностямъ, и субъективныя публичныя права сводятся германскими публицистами къ опредѣленнымъ категоріямъ. Въ этомъ отношеніи наиболѣе замѣчательна теорія status'овъ Іеллинека.

По Іеллинеку, индивидъ, какъ субъектъ публичныхъ правъ, - стоитъ въ троякомъ отношеніи къ государству.

Поскольку дѣйствующимъ правомъ индивиду предоставлена свободная отъ государственнаго вмѣшательства, отрицающая imperium государства, сфера самостоятельной дѣятельности, онъ стоитъ къ государству въ отношеніи свободы. Это отношеніе Іеллинекъ называетъ негативнымъ статусомъ, или статусомъ свободы.

Поскольку государство признаетъ за индивидомъ правовую способность требовать отъ власти положительной дѣятельности въ его интересахъ, его отношеніе къ государству Іеллинекъ называетъ позитивнымъ статусомъ или статусомъ гражданства. Наконецъ, въ активномъ статусѣ, находится тотъ, за кѣмъ государство признаетъ способность участвовать во власти, кому оно предоставляетъ политическія права, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

Каждый изъ этихъ статусовъ является не правомъ и не совокупностью правъ, а опредѣленнымъ **с о с т о я н і е м ъ**, содержаніе котораго не можетъ быть исчерпывающимъ образомъ опредѣлено. Правовое состояніе, - говоритъ Іеллинекъ, - означаетъ постоянное, юридическимъ мышленіемъ ипостазированное отношеніе, бытіе (ein Sein) въ юридическомъ смыслѣ. Это бытіе остается неизмѣннымъ, какое бы конкретное содержаніе въ него ни было вложено.

Съ этой точки зрѣнія, несмотря на возможное различіе въ правахъ и обязанностяхъ, принадлежащихъ подданнымъ и иностранцамъ, различія между ними въ статусахъ, т.е. въ отношеніяхъ къ государству, не существуетъ. Ни одинъ изъ статусовъ не связанъ неразрывнымъ образомъ съ подданствомъ и потому ни одинъ изъ нихъ не характеризуетъ отношенія подданства, противуполагаемаго отношенію иностранства. Въ негативномъ и позитивномъ статусѣ, по словамъ самого Іеллинека, находятся всѣ люди, стоящіе въ отношеніи зависимости (т.е. подданства, въ широкомъ смыслѣ) къ государству, - и подданные и иностранцы. Активный статусъ, по общему правилу, предполагаетъ, какъ необходимое условіе, принадлежность къ государству, или подданство въ тѣсномъ смыслѣ слова, но, по справедливому замѣчанію Гербера, отношеніе, предполагающее необходимымъ условіемъ подданство, еще не является, по одному этому, его необходимымъ слѣдствіемъ. Обладаніе политическими правами, кромѣ подданства, зависитъ отъ ряда другихъ, столь же необходимыхъ условій: женщины, несовершеннолѣтніе, лишенные требуемаго ценза и др., будучи подданными, лишены, подобно иностранцамъ, политическихъ правъ.

Если, такимъ образомъ, теорія "статусовъ" не указываетъ и не можетъ указать конститутивнаго момента въ понятіи подданства, то не заключается ли этотъ моментъ въ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ правахъ и обязанностяхъ, принадлежащихъ подданнымъ, въ отличіе отъ иностранца?

На этотъ вопросъ германская наука государственнаго права отвѣчаетъ въ утвердительномъ смыслѣ.

По мнѣнію Іеллинека, правовая принадлежность къ государству, т.е. подданство является предположеніемъ в с ѣ х ъ (?), или, по крайней мѣрѣ, большинства притязаній индивида къ государству. Признаніе индивида лицомъ и членомъ государства

(Staatsglied) служитъ базисомъ для всѣхъ публично-правовыхъ притязаній; эти притязанія дѣлятся на такія, которыя предоставляются государствомъ всѣмъ, входящимъ въ его сферу, лицамъ, и на такія, которыя предоставляются только постоянно-связаннымъ съ государствомъ гражданамъ.

Утвержденіе Іеллинека, по меньшей мѣрѣ, странно. Мы уже видѣли выше, что съ собственной его точки зрѣнія нельзя говорить объ обусловленности не только всѣхъ, но даже и большинства притязаній подданствомъ индивида. Предлагаемое Іеллинекомъ дѣленіе этихъ притязаній безусловно несостоятельно и самъ авторъ основательно забываетъ о немъ въ своей группировкѣ субъективныхъ публичныхъ правъ. Вообще, если даже допустить существованіе обязанностей и правъ, составляющихъ essentiale понятія подданства, то число ихъ, необходимо, должно быть весьма ограниченнымъ.

И дѣйствительно, наиболѣе популярная въ настоящее время теорія усматриваетъ существенный и необходимый моментъ, principium individuationis, понятія подданства въ, такъ называемомъ, п р а в ѣ ж и т е л ь с т в а (Wohnrecht), т. е. въ правѣ подданнаго на пребываніе въ предѣлахъ своего отечества. Согласно этой теоріи, подданный не можетъ быть ни изгнанъ или высланъ изъ своего отечества, ни выданъ для суда иностранному правительству, по его требованію; подданный, пребывающій за-границей, имѣетъ безусловное право на безпрепятственное возвращеніе въ отечество. Въ отличіе отъ подданнаго, иностранецъ права жительства въ государствѣ не имѣетъ; онъ только т е р п и м ъ въ немъ. По усмотрѣнію мѣстнаго правительства онъ можетъ быть во всякое время высланъ изъ предѣловъ государства, или выданъ безъ суда своему или даже чужому государству. Не имѣя права жительства, иностранецъ не имѣетъ и права въѣзда въ государство; каждому иностранцу можетъ быть воспрещенъ переѣздъ черезъ границу.

Разсматриваемая теорія не новаго происхожденія; она встрѣчается въ зародышѣ въ ученіяхъ конца XVIII и начала XIX вѣковъ о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ. Сперва она имѣетъ псевдо-патріархальный характеръ: "Landeskinder können nicht ausgeliefert werden". Въ трудахъ новѣйшихъ германскихъ публицистовъ - Л. Ф. Кара, Мартитца, Лабанда и др. она пріобрѣтаетъ

характеръ строго-юридическій: "право жительства" - субъективное публичное право гражданина, какъ такового, - право, котораго лишены иностранцы.

Кромѣ права жительства, нѣмецкими публицистами указываются и нѣкоторыя другія права и обязанности, составляющія, будто бы, essentiale понятія подданства; сюда относятъ, обыкновенно, право на международную защиту, обязанность военной службы и т.п.

Замѣтимъ прежде всего, что напрасно мы стали бы искать въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ какихъ бы то ни было правъ и обязанностей, - всегда и необходимо присущихъ гражданину въ отличіе отъ иностранца. Опирающаяся на положительное право, разсматриваемая теорія лучше всего опровергается тѣмъ же положительнымъ правомъ.

Такъ, напримѣръ, совершенно несостоятельна мысль, будто современными государствами всегда и необходимо признается за подданными "право на жительство въ своемъ отечествѣ". - Государство, сплошь и рядомъ, т р е б у е т ъ отъ своихъ подданныхъ болѣе или менѣе продолжительнаго пребыванія за-границей. По вѣрному замѣчанію профессора И. А. Иановскаго и Л. А. Шалланда, не говоря о дѣйствующихъ арміяхъ, вынужденныхъ во время войны пребывать въ непріятельской странѣ, и въ мирное время современныя государства принуждаютъ значительное число своихъ подданныхъ, напримѣръ, экипажъ военныхъ судовъ - проживать, иногда продолжительное время, - за предѣлами своего отечества. Административная высылка и изгнаніе по суду собственныхъ подданныхъ практикуется въ настоящее время въ гораздо меньшихъ размѣрахъ, чѣмъ въ сравнительно недавнее прошлое. Тѣмъ не менѣе, и теперь еще мы встрѣчаемся съ высылкой и съ изгнаніемъ въ административной практикѣ и въ уголовныхъ кодексахъ нѣкоторыхъ государствъ.

Французскій Декретъ 10 Октября 1872 года предписалъ изгнаніе принца Жерома Бонапарта, вернувшагося во Францію, не испросивъ разрѣшенія правительства. Въ 1886 г. изданъ былъ во Франціи законъ объ изгнаніи принцевъ Королевской и Императорской крови. Германскій законъ 4 Мая 1874 года предоставляетъ имперскому правительству право изгонять изъ Германіи духовныхъ лицъ изъ нѣмцевъ, лишенныхъ по суду своего сана и, тѣмъ

не менѣе, продолжающихъ отправлять духовныя функціи, - однако, не иначе, какъ по предварительному лишенію ихъ германскаго подданства. Въ Швейцаріи союзное правительство имѣетъ право административной высылки подданныхъ и въ 1873 году изъ Швейцаріи высланъ былъ женевецъ Каспаръ Мериллодъ, на время, пока онъ не откажется отъ функцій, возложенныхъ на него, вопреки швейцарскимъ законамъ, папой. И любопытно отмѣтить, что тѣ самые писатели, которые считаютъ право жительства - существеннымъ признакомъ подданства, напримѣръ, Л. Ф. Варѣ, допускаютъ, въ случаѣ серьезной политической необходимости, высылку собственныхъ подданныхъ.

Что касается изгнанія, то эта мѣра наказанія до сихъ поръ фигурируетъ на лѣстницѣ наказаній многихъ уголовныхъ кодексовъ; мы встрѣчаемъ ее во французскомъ Code penal 1810, въ Швейцарскомъ - 1853 г., въ нашемъ Уложеніи о наказаніи.

Встрѣчающееся въ законодательствѣ многихъ государствъ принудительное лишеніе подданства, какъ мѣра наказанія, влечетъ за собою, по общему правилу, изгнаніе изъ отечества и поэтому стоитъ въ такой же мѣрѣ, какъ послѣднее, въ противорѣчіи съ, такъ наз., "правомъ на пребываніе въ отечествѣ". Наконецъ, въ прямомъ противорѣчіи съ этимъ правомъ стоитъ также и выдача собственныхъ подданныхъ для суда и наказанія другому государству. Правда, по общему правилу, современныя законодательства такую выдачу признаютъ недопустимой, и въ огромномъ большинствѣ договоровъ о выдачѣ мы встрѣчаемъ оговорку о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ договаривающихся сторонъ. Тѣмъ не менѣе, принципъ невыдачи подданныхъ далеко не пользуется общимъ признаніемъ. Англія и Соединенные Штаты считаютъ такую выдачу не только цѣлесообразной, но и необходимой; и если въ ихъ договорахъ съ европейскими государствами мы встрѣчаемъ, въ большинствѣ случаевъ, оговорку о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ, то это объясняется господствомъ въ международныхъ сношеніяхъ принципа взаимности, отъ которой названныя государства не считаютъ возможнымъ отступить. Въ видѣ исключенія - впрочемъ, довольно частаго, - и теперь уже имѣются договоры, либо умалчивающіе о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ, либо explicité допускающіе ихъ выдачу. De lege ferenda большинство публицистовъ высказывается въ пользу признанія, - о б я з а н н о с т ь ю, или, по крайней мѣрѣ,

п р а в о м ъ государствъ - выдачи собственныхъ подданныхъ. Въ этомъ смыслѣ высказался Институтъ международнаго права въ Оксфордской сессіи 1880 г. Если предположить, что раньше или позже, какъ это и слѣдуетъ ожидать, продиктованная подозрительною недовѣрчивостью государствъ другъ къ другу Clausula о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ исчезнетъ изъ обычнаго и договорнаго международнаго права, - неужели, вмѣстѣ съ ней, исчезнетъ и та - единственная съ точки зрѣнія разсматриваемой теоріи - юридическая грань, которая отдѣляетъ подданнаго отъ иностранца?

Если, такимъ образомъ, право жительства признается субъективнымъ публичнымъ правомъ подданнаго далеко не въ одинаковой мѣрѣ различными государствами, то, съ другой стороны, въ нѣкоторыхъ государствахъ это право, въ извѣстныхъ случаяхъ, признается за иностранцами наравнѣ съ подданными.

Такъ, напримѣръ, англійское право не знаетъ вовсе института административной высылки иностранцевъ. Отъ времени до времени право такой высылки предоставляется администраціи исключительными законами, издаваемыми ad hoc на болѣе или менѣе короткій срокъ, въ виду чрезвычайныхъ обстоятельствъ. Послѣдній такой законъ, Coercion bill 22 Іюня 1882 г., предоставляющій администраціи право высылки иностранцевъ, угрожающихъ общественному спокойствію, изданъ по случаю агитаціонной дѣятельности въ Ирландіи ирландскихъ эмигрантовъ, подданныхъ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. По общему же правилу, высылка иностранцевъ требуетъ спеціальнаго законодательнаго акта.

Въ Норвегіи, по закону 6 Іюня 1863 г., и въ Даніи, по закону 15 Мая 1875 года, иностранцы пріобрѣтаютъ право на осѣдлость двухлѣтнимъ пребываніемъ въ странѣ; по истеченіи этого срока они не могутъ быть высланы административнымъ порядкомъ. Для того, чтобы оправдать теорію, разсматривающую право жительства, какъ исключительное право подданства, Л. Ф. Варъ оказывается вынужденнымъ прибѣгнуть къ фикціи, несостоятельность которой до наглядности очевидна: "Въ Норвегіи и Даніи, - говоритъ онъ, - иностранецъ, пробывшій въ странѣ два года, становится подданнымъ, только лишеннымъ политическихъ правъ".

"Правомъ жительства" пользуются нѣкоторыя категоріи иностранцевъ и въ другихъ государствахъ.

Въ Голландіи, напримѣръ, не подлежатъ не только административной высылкѣ, но - по многимъ договорамъ съ иностранными государствами - и выдачѣ иностранцы, уравниваемые ст.8 c. civ. въ правахъ съ подданными, - а именно, получившіе королевское разрѣшеніе на водвореніе и заявившіе по прожитіи 6 лѣтъ въ общинѣ о своемъ намѣреніи водвориться въ королевствѣ. Согласно ст.19 закона 13 Авг. 1847 г. - о высылкѣ, главнымъ образомъ, ей не подлежатъ иностранцы, водворенные въ государствѣ, женившіеся на голландско-подданной и имѣющіе дѣтей, рожденныхъ въ Нидерландахъ.

Въ Бельгіи ст. 2 зак. 6 февр. 1885 г. объ иностранцахъ, устанавливаетъ нѣсколько довольно обширныхъ категорій иностранцевъ, къ которымъ административная высылка безусловно непримѣнима. Такъ, не могутъ быть высланы: 1) иностранцы, получившіе разрѣшеніе на водвореніе въ королевствѣ; 2) иностранцы, женатые на бельгійско-подданной и имѣющіе дѣтей, рожденныхъ въ Бельгіи; 3) иностранцы, имѣющіе орденъ "желѣзнаго креста"; 4) иностранцы, женатые на бельгійско-подданной и проживающіе въ Бельгіи болѣе 5 лѣтъ, если они продолжаютъ проживать въ ней постояннымъ образомъ; 5) иностранцы, рожденные въ Бельгіи и имѣющіе право на вступленіе въ бельгійское подданство, согласно ст. 9 c. civ.

Послѣ сказаннаго, позволительно считать, что съ точки зрѣнія положительнаго права современныхъ государствъ, "право жительства" отнюдь не является юридически необходимымъ содержаніемъ подданства: это право не всегда и не вездѣ принадлежитъ подданнымъ; его не всегда и не вездѣ лишены иностранцы.

Mutatis mutandis тоже можно сказать и о другихъ, признаваемыхъ специфическимъ содержаніемъ подданства, обязанностяхъ и правахъ.

Такъ, что касается права на дипломатическую защиту, то, поскольку, вообще, можно говорить о такомъ правѣ, - оно принадлежитъ не всѣмъ подданнымъ и не только подданнымъ. Политическіе эмигранты (réfugiés), оставаясь подданными, не пользуются правомъ на дипломатическую защиту; наоборотъ, этимъ правомъ пользуются, такъ называемые, "фактическіе подданные" (de facto Unterthanen), хотя, de jure, они остаются иностранцами. Сюда относятся, напримѣръ, подданные дружественной держа-

вы, которымъ оказывается дипломатическая защита, на основаніи договора съ ихъ отечествомъ, служебный персоналъ консульствъ, посольствъ и др.

Равнымъ образомъ, и воинская повинность не можетъ разсматриваться, какъ essentiale понятія подданства, хотя бы уже потому, что женщины и дѣти воинской повинности нигдѣ не отбываютъ, въ нѣкоторыхъ же государствахъ, напримѣръ, въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ, воинская повинность вовсе не существуетъ, а въ другихъ - отъ нея свободны многочисленныя категоріи подданныхъ, - напримѣръ, христіане въ Оттоманской имперіи. Съ другой стороны, воинская повинность, не говоря уже объ обязательной службѣ въ милиціи, въ нѣкоторыхъ случаяхъ отбывается иностранцами наравнѣ съ подданными. Такъ, напримѣръ, въ Бельгіи иностранецъ, не имѣющій подданства, на основаніи ст.7, п.4 зак. 18 Сент. 1873 г., подлежитъ отбыванію воинской повинности. Въ Германіи, согласно ст.7-й имп. зак. 3 Іюня 1870 г., б ы в ш і й германскій подданный, утративш**і**й свое подданство, но не вступившій въ другое, если онъ проживаетъ въ Германіи, подлежитъ призыву и до 31-лѣтняго возраста можетъ быть зачисленъ на дѣйствительную службу. Въ Италіи натурализація итальянца въ иностранномъ государствѣ до отбытія имъ воинской повинности признается д ѣ й с т в и т е л ь н о й и, тѣмъ не менѣе, не освобождаетъ его отъ обязанности военной службы.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что юридическое положеніе иностранцевъ въ различныхъ государствахъ существенно различно. Оставаясь на почвѣ положительнаго законодательства отдѣльныхъ государствъ, можно, разумѣется, опредѣлить, какими правами и обязанностями въ каждомъ отдѣльномъ государствѣ характеризуется status подданства въ отличіе отъ status'a иностранства; провести юридически-необходимое, принципіальное различіе между подданнымъ и иностранцемъ, оставаясь на этой почвѣ, логически невозможно.

Не слѣдуетъ забывать, что, говоря о субъективныхъ публичныхъ правахъ и обязанностяхъ, мы всегда и необходимо имѣемъ въ виду отношеніе лица къ п о д з а к о н н о й (правительственной и судебной), а не къ з а к о н о д а т е л ь н о й власти государства. Законодатель субъективными правами лица не связанъ. Индивидъ не можетъ противопоставить законодателю

своего субъективнаго права, ибо, именно, въ волѣ законодателя субъективное право лица находитъ начало и конецъ своего бытія. Но, въ такомъ случаѣ, можно ли, вообще, говорить о какихъ бы то ни было правахъ, в с е г д а и н е о б х о д и м о, т.е. необходимо для законодателя, - присущихъ подданному, или, точнѣе, гражданину, какъ таковому, въ отличіе его отъ иностранца?

Для того, чтобы отвѣтить утвердительно на этотъ вопросъ, необходимо оставить почву внутренняго права отдѣльныхъ государствъ и стать на почву международнаго права. Въ нормахъ международнаго права, связывающихъ и обязывающихъ волю отдѣльныхъ государствъ, слѣдуетъ искать ключа къ разрѣшенію интересующей насъ проблемы. Поскольку международное право требуетъ отъ законодательной власти отдѣльныхъ государствъ различнаго отношенія къ подданнымъ и иностранцамъ, постольку различіе между тѣми и другими имѣетъ юридически - необходимый, принципіальный характеръ.

Представимъ себѣ и з о л и р о в а н н о е въ международно-правовомъ отношеніи государство, т.е. государство, хотя и находящееся въ фактическихъ сношеніяхъ съ другими государствами, но стоящее внѣ международно - правового общенія, т.е. не признающее надъ собой власти международнаго права. Само собой очевидно, что и въ такомъ государствѣ юридическое положеніе подданныхъ и иностранцевъ можетъ быть существенно-различнымъ. Первые могутъ обладать правами, которыхъ лишены вторые и, наоборотъ, нести обязанности, отъ которыхъ вторые свободны. Но не менѣе очевидно и то, что такое различіе въ правахъ и обязанностяхъ между подданными и иностранцами въ разсматриваемомъ случаѣ будетъ имѣть отнюдь не принципіальный, а индивидуальный и мѣстный характеръ; оно будетъ обусловлено соображеніями цѣлесообразности, этическими, религіозными, экономическими соображеніями, - однимъ словомъ, "политикой" мѣстнаго законодателя. Въ другомъ-такомъ же изолированномъ-или, даже, въ томъ самомъ государствѣ, съ измѣненіемъ законодательной политики, юридическое положеніе иностранцевъ можетъ существенно измѣниться; больше то-

---

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ" Проф. В.М.Гессенъ.
Изданіе Кассы Взаимопомощи студ. СПБ.-скаго Политехн. Института.
Типо-литографія И.Трофимова. Можайская. 3. Л.-8.

го, съ точки зрѣнія внутренняго права отдѣльнаго государства, ничто, вообще, не препятствуетъ совершенному уравненію въ правахъ и обязанностяхъ подданныхъ и иностранцевъ.

Въ дѣйствительности, однако, современное государство не является изолированнымъ государствомъ. Какъ членъ международнаго общенія, оно опредѣляется нормами международнаго права. Уравненіе иностранцевъ въ правахъ и обязанностяхъ съ подданными представляется юридически невозможнымъ потому, что оно противорѣчитъ категорическимъ требованіямъ международнаго права. По той же причинѣ различіе между подданнымъ и иностранцемъ имѣетъ не случайный и не мѣстный, а юридически необходимый и общій характеръ.

Это различіе заключается въ слѣдующемъ.

И подданный, и иностранецъ обязаны подчиненіемъ мѣстной государственной власти; но титулъ ихъ подчиненія - ихъ подданства мѣстной государственной власти - существенно различенъ.

Надъ подданными государство господствуетъ въ силу л и ч н а г о н а ч а л а, тогда, какъ надъ иностранцами государство господствуетъ п о н а ч а л у т е р р и т о р і а л ь н о м у, въ силу существующей между государствомъ и иностранцемъ территоріальной связи. Государство отличается отъ частно-правныхъ обществъ (напр., акціонерныхъ компаній) тѣмъ, что оно есть не только личный союзъ, но, въ то же время, союзъ территоріальный, т. е. оно господствуетъ не только надъ лицами, входящими въ его составъ, но и надъ всѣми лицами, пребывающими на его территоріи. Надъ первой группой лицъ оно господствуетъ по личному началу, надъ второй - по началу территоріальности. Различіе титуловъ господства, само собой разумѣется, влечетъ за собой различіе, какъ въ объемѣ, такъ и въ содержаніи господства. Господство надъ подданными не ограничивается предѣлами государственной территоріи; подданный, оставляя территорію, не выходитъ изъ-подъ власти государства; его отечество все время сохраняетъ надъ нимъ свою власть. Правда, непосредственное осуществленіе власти надъ подданнымъ, находящимся за границей, становится невозможнымъ, но это отнюдь не значитъ, что утрачивается и самая власть надъ нимъ. Государство во всякое время можетъ обратиться къ своему подданному заграницей съ какимъ угодно требованіемъ, наприм., съ требованіемъ возвратиться на родину, и это требованіе для него

безусловно будетъ обязательно.

Наоборотъ, объемъ господства надъ иностранцемъ вслѣдствіе того, что оно вытекаетъ изъ территоріальнаго начала, значительно меньше объема господства надъ подданнымъ. Надъ иностранцемъ государство господствуетъ исключительно и только до тѣхъ поръ, пока онъ пребываетъ въ предѣлахъ государства. Разъ иностранецъ территорію даннаго государства покинулъ, мѣстная государственная власть лишается права осуществлять надъ нимъ какое бы то ни было господство. Это различіе въ объемѣ господства въ зависимости отъ титула господства, само собой разумѣется, отнюдь не является для государства свободнымъ. Оно для него вполнѣ и безусловно обязательно въ силу международнаго права.

Международное право признаетъ за государствомъ право господства надъ иностранцами, находящимися въ предѣлахъ его территоріи. Оно же запрещаетъ государству осуществлять какую бы то ни было власть надъ иностранцами, находящимися внѣ его территоріи. Если бы какое либо государство вздумало обратиться къ иностранцу, пребывающему за предѣлами его, съ какимъ либо требованіемъ, то это было бы прямымъ нарушеніемъ нормы международнаго права. Различіемъ титула господства обусловливается, равнымъ образомъ, и различіе въ его содержаніи. Господствуя надъ подданными по личному началу, государство сообщаетъ имъ тѣ права и возлагаетъ тѣ обязанности, которыя вытекаютъ изъ факта ихъ личной принадлежности къ государству. Наоборотъ, господствуя надъ иностранцемъ по территоріальному началу, государство имѣетъ право налагать на него только тѣ обязанности и предоставлять только тѣ права, которыя вытекаютъ изъ этой временной территоріальной связи. Никакихъ другихъ правъ или обязанностей на иностранца государство возлагать не можетъ въ силу категорическихъ требованій международнаго права. Каждое государство обязано считаться съ тѣмъ, что надъ иностранцемъ, пребывающимъ на его территоріи, надъ которымъ оно господствуетъ по территоріальному началу, другое государство господствуетъ, какъ надъ подданнымъ, по личному началу. Так. обр. мы видимъ, что различіе въ правахъ и обязанностяхъ подданнаго и иностранца - есть различіе производное; оно вытекаетъ изъ различія титуловъ господства государства надъ тѣмъ и другимъ. Международное право категорически обязываетъ государство считаться съ

тѣмъ фактомъ, что лицо, которое по отношенію къ нему является иностранцемъ, въ своемъ отечествѣ является подданнымъ. Поэтому господство государства надъ иностранцемъ по территоріальному началу не должно противорѣчить господству другого государства надъ тѣмъ же лицомъ по началу личному. Нарушеніе этого требованія международнаго права можетъ вызвать серьезныя коллизіи между государствами. Такъ, Англія считала въ свое время возможнымъ привлекать бывшихъ англійскихъ подданныхъ, натурализированныхъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, къ отбыванію воинской повинности во флотѣ, и это обстоятельство было одной изъ причинъ Англо-Американской войны 1814 года. Въ 60-хъ гг. Греція попыталась предоставить лицамъ греческой національности, подданнымъ Оттоманской имперіи, политическія права. Попытка эта была опротестована Турціей. И если въ Бельгіи привлекаются къ отбыванію воинской повинности иностранцы, не имѣющіе никакого подданства, то это допускается только потому, что надъ этими иностранцами, кромѣ территоріальнаго господства нѣтъ никакого другого, и слѣдовательно, этимъ фактомъ не затрагиваются права другого государства.

Послѣ сказаннаго, можно дать опредѣленіе подданнаго и иностранца. *Подданный есть лицо, надъ которымъ государство господствуетъ въ силу своего личнаго начала. Иностранецъ есть лицо, надъ которымъ государство господствуетъ въ силу территоріальнаго начала.*

Различіе титуловъ господства влечетъ за собой и различіе въ объемѣ и содержаніи его. Что касается объема, то надъ подданнымъ государство господствуетъ не только въ предѣлахъ территоріи, но и внѣ этихъ предѣловъ, поскольку это совмѣстимо съ правомъ на территоріальное верховенство другихъ государствъ. Что касается содержанія господства, то въ отношеніи къ иностранцу оно является ограниченнымъ и неполнымъ: каждое государство несетъ международно-правовую обязанность, ограничивающую его господство надъ иностранцемъ. Никакія обязанности не могутъ быть возложены на иностранца и никакія права не могутъ быть ему предоставлены, если эти обязанности и права стоятъ въ противорѣчіи съ фактомъ его принадлежности къ другому государству. По отношенію къ подданному законодатель

свободенъ, по отношенію къ иностранцу онъ связанъ императивными нормами международнаго права.

2.

Объ установленіи подданства.

Развитіе международныхъ сношеній естественно приводитъ къ усложненію законодательства, опредѣляющаго способъ установленія и прекращенія подданства. Въ настоящее время законодательство это,- по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ государствахъ, напримѣръ, во Франціи - отличается такимъ богатствомъ и разнообразіемъ содержанія, что юридическій анализъ его представляетъ немалыя трудности.

Между тѣмъ, господствующее - традиціонное въ наукѣ государственнаго права воззрѣніе - теперь, какъ и много лѣтъ тому назадъ - различаетъ всего два способа установленія подданства, - первоначальный способъ, рожденіе и производный - натурализацію.

Для того, чтобы охватить указанными двумя категоріями все разнообразіе практикующихся въ различныхъ государствахъ способовъ установленія подданства, - теорія оказывается вынужденной либо давать этимъ категоріямъ самое широкое и общее опредѣленіе и, слѣдовательно, лишать ихъ какого бы то ни было положительнаго содержанія, либо подводить подъ нихъ, путемъ очевидныхъ натяжекъ, юридическіе факты, по самому существу своему къ нимъ не относящіеся. Установленіе подданства фактомъ рожденія - понятіе, казалось бы, вполнѣ опредѣленное и точное. Рожденіе, въ данномъ случаѣ, является фактомъ, опредѣляющимъ и обусловливающимъ подданство индивида. О пріобрѣтеніи подданства фактомъ рожденія можно, казалось бы, говорить только въ томъ случаѣ, если рожденіе, какъ таковое, ex lege, помимо какихъ бы то ни было привходящихъ условій, влечетъ за собой непосредственно и съ самаго начала установленіе подданства.

Между тѣмъ, въ нѣкоторыхъ изъ современныхъ законодательствъ рожденіе въ предѣлахъ государственной территоріи, не будучи титуломъ пріобрѣтенія подданства, оказываетъ, однако, са-

мо по себѣ, или въ связи съ другими юридическими фактами, болѣе или менѣе значительное вліяніе на опредѣленіе подданства даннаго лица. Такъ, напримѣръ, по дѣйствующему французскому праву, иностранецъ, родившійся во Франціи отъ иностранца или иностранки, рожденныхъ здѣсь же, а также иностранецъ, родившійся во Франціи и здѣсь въ моментъ совершеннолѣтія проживающій, признается ex lege французско-подданнымъ, всякій другой, родившійся во Франціи иностранецъ, не будучи французомъ, пріобрѣтаетъ, однако, *право*, ограниченное срокомъ, на вступленіе путемъ односторонняго волеизъявленія, путемъ декларацiи, во французское подданство.

Рожденіе въ предѣлахъ территоріи создаетъ для иностранца право на вступленіе въ подданство и въ нѣкоторыхъ другихъ государствахъ, - въ Россіи, Испаніи, Бельгіи, Италіи, Люксембургѣ и др.

Всѣ эти случаи большинствомъ авторовъ, - и, въ особенности, французскихъ - относятся къ категоріи установленія подданства фактомъ рожденія по территоріальному началу (jure soli). Нелогичность такого подведенія упомянутыхъ способовъ установленія подданства подъ категорію "подданства по рожденію" намъ представляется очевидной. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, говорить о пріобрѣтеніи подданства фактомъ рожденія въ тѣхъ случаяхъ, когда только водвореніе въ моментъ совершеннолѣтія или декларація въ теченіи года по достиженіи совершеннолѣтія, въ связи съ рожденіемъ на французской территоріи, ведутъ къ пріобрѣтенію французскаго подданства.

Въ этихъ случаяхъ подданство устанавливается не фактомъ рожденія, и не съ момента рожденія, а сложнымъ комплексомъ юридическихъ фактовъ съ момента осуществленія ихъ во всемъ ихъ объемѣ.

Съ другой стороны, и понятіе натурализаціи, какъ бы широко ни раздвинуть его рамки, не можетъ охватить всего разнообразія способовъ установленія подданства, остающихся за вычетомъ тѣхъ способовъ, которые относятся доктриной къ категоріи "подданства по рожденію".

Въ современной литературѣ и въ законодательствахъ понятіе натурализаціи употребляется въ двоякомъ смыслѣ: подъ натурализаціей въ спеціальномъ и узкомъ, техническомъ смыслѣ

этого слова, понимается предоставленіе подданства иностранцу, по его ходатайству, дискреціоннымъ актомъ государственной, законодательной или правительственной власти. Подъ натурализаціей, въ широкомъ смыслѣ, понимается всякая, вообще, перемѣна подданства, всякое пріобрѣтеніе подданства лицомъ, по рожденію своему принадлежащимъ къ другому подданству.

Само собой понятно, что признавая всего два титула установленія подданства, рожденіе и натурализацію, мы оказываемся вынужденными понимать натурализацію въ самомъ широкомъ смыслѣ этого слова. Какъ ни раздвигать рамки понятія "подданства по рожденію", все-таки внѣ этихъ рамокъ останется немало способовъ установленія подданства, которые никоимъ образомъ не подойдутъ подъ понятіе натурализаціи въ спеціальномъ, т.е. узкомъ значеніи этого слова.

Такъ, напримѣръ, подъ понятіе натурализаціи придется подвести пріобрѣтеніе подданства иностранкой фактомъ выхода замужъ за подданнаго, хотя бы въ данномъ случаѣ подданство устанавливалось ex lege, а отнюдь не ходатайствомъ иностранки и дискреціоннымъ усмотрѣніемъ власти. Точно также подъ это понятіе придется подвести реинтеграцію (возвращеніе въ подданство) бывшаго подданнаго, хотя бы такая реинтеграція совершалась одностороннимъ волеизъявленіемъ лица,- декларацією, исключающей дискреціонность усмотрѣнія власти.

Между тѣмъ, всякое юридическое понятіе есть ни что иное, какъ отвлеченіе и обобщеніе извѣстныхъ признаковъ, свойственныхъ группѣ однородныхъ по своей природѣ явленій или фактовъ. Чѣмъ шире мы раздвигаемъ рамки понятія, чѣмъ разнороднѣе явленія, подъ него подводимыя, тѣмъ меньше мы можемъ сдѣлать обобщеній и тѣмъ они незначительнѣе; другими словами, тѣмъ безсодержательнѣе само понятіе. Факты, подводимые подъ понятіе натурализаціи, настолько разнородны, что никакихъ, сколько нибудь, цѣнныхъ обобщеній сдѣлать изъ нихъ невозможно. Въ самомъ дѣлѣ, что общаго между натурализацією, въ спеціальномъ смыслѣ слова, и предоставленіемъ подданства ex lege? Существенные моменты, характеризующіе натурализацію (въ тѣсномъ смыслѣ), чужды и *должны* быть чужды понятію обязательнаго установленія подданства.

Признавая, такимъ образомъ, господствующую классификацію

способовъ установленія подданства совершенно недостаточной, мы думаемъ, что правильная ихъ классификація выразится въ слѣдующемъ видѣ.

А) *Принудительное установленіе подданства* ex lege.

Законъ связываетъ наличность подданства съ тѣмъ или инымъ внѣшнимъ объективнымъ фактомъ, не считаясь вовсе съ субъективнымъ моментомъ, т.е. волей заинтересованнаго лица. Въ современныхъ законодательствахъ юридическими фактами, обусловливающими установленіе подданства ex lege, признаются преимущественно слѣдующіе факты: рожденіе, выходъ иностранки замужъ за подданнаго, натурализація главы семьи для его жены и малолѣтнихъ дѣтей, презумтивная ассимиляція иностранца.

В) *Натурализація.*

Подъ натурализаціей мы понимаемъ установленіе подданства путемъ соглашенія между иностранцемъ, ходатайствующимъ о принятіи его въ подданство, и государственной (законодательной, или правительственной) властью, соглашающейся его въ подданство принять. Натурализація всегда и необходимо предполагаетъ наличность двухъ моментовъ: ходатайства иностранца и согласія государственной власти. Законъ можетъ установить опредѣленныя требованія, обусловливая ими возможность натурализаціи; тѣмъ не менѣе, и при наличности требуемыхъ закономъ условій, натурализація иностранца зависитъ отъ дискреціоннаго усмотрѣнія государственной власти.

С) *Декларація подданства.*

Законъ предоставляетъ иностранцамъ опредѣленныхъ категорій субъективное публичное *право* на вступленіе въ подданство. Пріобрѣтеніе подданства совершается не путемъ соглашенія между иностранцемъ и государствомъ, какъ въ случаяхъ натурализаціи, а путемъ односторонняго волевого акта, декларація подданства.

Разсмотримъ каждый изъ этихъ способовъ особо.

Принудительное установленіе подданства ex lege.

Всѣ, относящіеся къ этой категоріи способы установленія подданства объединены однимъ общимъ признакомъ: отношеніе подданства устанавливается закономъ; воля заинтересованнаго лица не участвуетъ вовсе въ установленіи подданнической связи между нимъ и государствомъ. Индивидъ становится подданнымъ при

наступленіи или наличности извѣстныхъ фактовъ, совершенно независимо отъ того, желаетъ ли онъ или не желаетъ стать подданнымъ.

Юридическіе факты, обусловливающіе установленіе подданства ex lege, могутъ быть разнаго рода. Первое мѣсто въ ряду этихъ фактовъ занимаетъ, разумѣется, *рожденіе*.

а) *Установленіе подданства фактомъ рожденія.*

Рожденіе является наиболѣе важнымъ и существеннымъ юридическимъ фактомъ, опредѣляющимъ подданство лица. Всякій индивидъ съ момента рожденія является субъектомъ гражданскихъ и нѣкоторыхъ публичныхъ правъ. Въ лицѣ своихъ представителей онъ можетъ владѣть, вступать въ договоры, получать наслѣдство, вчинять иски, требовать покровительства и защиты властей.

Отсюда - необходимость категоричнаго и безусловнаго установленія подданства каждаго лица съ самаго момента его рожденія, ибо подданствомъ опредѣляется личный status индивида, оказывающій вліяніе на совокупность его публичныхъ и гражданскихъ правъ.

Въ современномъ законодательствѣ мы встрѣчаемся съ двумя системами установленія подданства фактомъ рожденія,- національной и территоріальной системой. По національной системѣ - jure sanguinis - подданнымъ является лицо, родившееся у подданныхъ, безразлично гдѣ,- на территоріи государства или заграницей, по территоріальной системѣ - jure soli - подданнымъ является лицо, родившееся на территоріи государства, безразлично у кого,- у подданнаго или иностранца.

Jus sanguinis дѣйствуетъ въ большинствѣ современныхъ государствъ. Такъ, во *Франціи*, согласно ст. 8, п. 1, признается французомъ всякое лицо, рожденное отъ француза во Франціи, или заграницей. Въ тѣхъ случаяхъ, когда оба супруга принадлежатъ къ одному и тому же французскому подданству, подданство ихъ ребенка не вызываетъ сомнѣній. Въ случаѣ - впрочемъ, совершенно исключительномъ,- разноподданства супруговъ, законно рожденный ребенокъ пріобрѣтаетъ подданство отца*).

---

*) *Случаи разноподданства супруговъ, по французскому праву, вполнѣ возможны. Такъ, согласно ст. 19-ой* Code civ. *француженка, выходя замужъ за иностранца, только въ томъ*

Нѣсколько сложнѣе вопросъ о подданствѣ внѣбрачныхъ дѣтей.

Само собой понятно, что до признанія внѣбрачнаго ребенка своими родителями, послѣдніе de jure неизвѣстны. Поэтому подданство внѣбрачныхъ дѣтей, непризнанныхъ родителями, по французскому праву, опредѣляется jure soli: они являются французско-подданными, если родились во Франціи.

Признанныя родителями внѣбрачныя дѣти пріобрѣтаютъ подданство jure sanguinis. При этомъ французскій Code civ.(art.8, §1, ab.2) требуетъ, чтобы признаніе внѣбрачнаго ребенка родителями имѣло мѣсто до достиженія имъ совершеннолѣтія, иначе оно не оказываетъ никакого вліянія на его подданство. Признанный одновременно отцомъ и матерью, внѣбрачный ребенокъ пріобрѣтаетъ подданство отца -Code civ.(art.8, §1, in fiore) Признаваемый своими родителями разновременно, внѣбрачный ребенокъ пріобрѣтаетъ подданство того изъ нихъ, кѣмъ онъ былъ признанъ раньше.

Въ *Германіи*, согласно п.34, закона 1 іюня 1870 г., законныя дѣти германско-подданнаго, и внѣбрачныя - германско-подданной пріобрѣтаютъ фактомъ рожденія подданство отца или матери, если бы даже ихъ рожденіе послѣдовало заграницей. Само собой разумѣется, что и по германскому законодательству, рожденные въ Германіи дѣти неизвѣстныхъ родителей пріобрѣтаютъ мѣстное подданство jure soli, за невозможностью установить подданство jure sanguinis.

Кромѣ Франціи и Германіи, начало крови (jus sanguinis) является господствующимъ въ большинствѣ другихъ современныхъ государствъ,- въ Россіи, Австріи, Италіи, Испаніи и др.

Наоборотъ, съ территоріальнымъ началомъ (jure soli) въ настоящее время мы встрѣчаемся въ весьма немногихъ государствахъ.

Исторически jus soli предшествуетъ juri sanguinis; не кров-

случаѣ утрачиваетъ французское подданство, если фактомъ своего брака она пріобрѣтаетъ подданство супруга; въ противномъ случаѣ, и по выходѣ замужъ, она сохраняетъ французское подданство. Точно также, перемѣна подданства однимъ изъ супруговъ послѣ брака не влечетъ за собой ipso facto *перемѣны подданства для другого супруга. Французъ можетъ перейти въ бельгійское подданство, а жена его остаться французско-подданной и, наоборотъ, итальянецъ можетъ пріобрѣсти французское подданство, а жена его остаться итальянкой.*

ное, а территоріальное начало опредѣляетъ подданство лица вплоть до новѣйшаго времени. Jus soli вытекаетъ логически изъ основныхъ принциповъ феодальной системы, изъ господства земельнаго начала надъ всѣми сторонами жизни. Отношеніе лица къ землѣ опредѣляетъ въ это время положеніе его въ обществѣ, его публичную и гражданскую правоспособность, оно опредѣляетъ его подданство. Все, что находится на территоріи, принадлежитъ ея господину (quidquid est in territorio est de territorio). И всякій, родившійся въ предѣлахъ его владѣній, является ex lege его подданнымъ. О примѣненіи другого начала для установленія подданства, кромѣ начала территоріальнаго, въ то время не могло быть и рѣчи еще и по другимъ причинамъ. Связь съ землей была настолько сильна, что человѣкъ рождался и умиралъ обыкновенно на той же территоріи. Низкій уровень экономическаго развитія, почти полное отсутствіе обмѣна и путей сообщенія влекли за собой незначительность передвиженія населенія. Съ другой стороны, установленіе подданства по кровному началу натолкнулось бы на непреодолимыя препятствія въ виду тѣхъ трудностей, съ которыми было бы сопряжено опредѣленіе подданства родителей, и jus soli господствовало за отсутствіемъ другого, болѣе удобнаго начала. Лишь въ современномъ государствѣ торжество національнаго принципа привело къ замѣнѣ стараго начала новымъ, jus soli уступило мѣсто juri sanguinis. Въ своемъ чистомъ видѣ территоріальное начало (jus soli) встрѣчается въ законодательствѣ южно-американской федераціи. Въ Аргентинѣ, Боливіи, Бразиліи и др. дѣти подданныхъ, рожденныя заграницей, являются иностранцами; какъ таковые, они могутъ, однако, вернуть себѣ подданство родителей фактомъ простого водворенія въ ихъ отечествѣ.

Наоборотъ, дѣти иностранцевъ, рожденныя на территоріи названныхъ государствъ, фактомъ рожденія становятся ex lege мѣстными подданными.

Изъ европейскихъ государствъ *Данія*, равнымъ образомъ, опредѣляетъ подданство фактомъ рожденія по территоріальному началу. И здѣсь подданными считаются всѣ лица, рожденныя въ Даніи; и наоборотъ, дѣти, рожденныя заграницей отъ датчанъ-родителей, водворенныхъ въ эпоху ихъ рожденія заграницей, считаются иностранцами и не пользуются правами датскаго гражданства.

Съ комбинированной - территоріально-національной системой

мы встрѣчаемся въ законодательствѣ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Въ томъ и въ другомъ государствѣ подданнымъ признается: во 1) всякій, родившійся на территоріи государства, хотя бы отъ иностранцевъ и во 2) всякій, родившійся отъ мѣстныхъ подданныхъ, хотя бы и заграницей.

b) *Бракъ.* Всѣ современныя законодательства признаютъ иностранку вышедшую замужъ за мѣстнаго подданнаго, мѣстною подданною. Въ данномъ случаѣ, подданство устанавливается принудительнымъ образомъ ex lege, независимо отъ воли заинтересованнаго лица.

c) *Легитимація.* Въ тѣхъ государствахъ, которыя допускаютъ путемъ легитимаціи per subseque, us matrimonium узаконенія внѣбрачныхъ дѣтей, послѣднія фактомъ такой легитимаціи пріобрѣтаютъ подданство своихъ родителей. Такъ, согласно п.4 германскаго закона 1870 г., рожденное внѣ брака лицо, отецъ котораго подданный одного изъ германскихъ государствъ, а мать иностранка, пріобрѣтаетъ подданство отца путемъ законномѣрной легитимаціи.

d) *Натурализація главы семьи.* Какъ извѣстно, подъ натурализаціей мы понимаемъ свободное и добровольное вступленіе иностранца въ подданство, установленіе подданнической связи съ согласія и по ходатайству иностранца. Но добровольное вступленіе въ подданство главы семьи разсматривается нѣкоторыми законодательствами, какъ юридическій фактъ, влекущій за собою обязательное (ex lege) установленіе подданства для ея членовъ,- жены и несовершеннолѣтнихъ дѣтей. Въ большинствѣ государствъ натурализація въ отношеніи къ семьѣ натурализованнаго иностранца имѣетъ *коллективный характеръ*, - другими словами, натурализація влечетъ за собой ipso facto вступленіе въ подданство жены его и несовершеннолѣтнихъ дѣтей. Таковъ характеръ натурализаціи въ Германіи, Австро-Венгріи, Англіи, Италіи, Швейцаріи и др. Наоборотъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ, напримѣръ, въ Бельгіи, Румыніи, Португаліи, Греціи и др., натурализація имѣетъ строго индивидуальный характеръ и, какъ таковая, не распространяется ни на жену, ни на дѣтей натурализованнаго. Во Франціи, по закону 1889 г., натурализація иностранца влечетъ за собой обязательное установле-

ніе подданства для его несовершеннолѣтнихъ дѣтей, но не для жены. Наоборотъ, въ Россіи, Турціи, Швеціи натурализація распространяется на жену и не распространяется на дѣтей.

е) *Презумптивная ассимиляція.*

Кромѣ вышеуказанныхъ способовъ принудительнаго установленія подданства современныя законодательства знаютъ еще одинъ способъ, правильно названный нѣмецкимъ писателемъ L.v.Bar'омъ и, вслѣдъ за нимъ, французскимъ Geouffre de Lapradelle принципомъ презумптивной ассимиляціи. Сущность этого принципа заключается въ слѣдующемъ.

Какъ извѣстно, въ настоящее время иностранцы, по общему правилу, пользуются тѣми же гражданскими правами, какія государство предоставляетъ собственнымъ своимъ подданнымъ. Поэтому въ нѣкоторыхъ государствахъ и въ частности во Франціи, - образовался обширный классъ иностранцевъ, живущихъ въ странѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе, пользующихся всѣми благами государственной жизни и, тѣмъ не менѣе, не желающихъ вступить въ подданство, не заявляющихъ ходатайства о натурализаціи, -- между прочимъ, изъ-за нежеланія подчиняться обязанностямъ подданства и, въ частности, обязанности отбыть воинскую повинность. Такіе иностранцы, по общему правилу, давнымъ давно порвали свою подданническую связь съ отечествомъ, никогда, можетъ быть, его не видали, не знаютъ его языка и учрежденій; водворившись въ чужомъ государствѣ, они живутъ въ немъ на правахъ иностранцевъ, пользуясь привилегіей безподданства.

Считая подобное явленіе во всѣхъ отношеніяхъ нежелательнымъ, нѣкоторыя государства объявляютъ ex lege по принципу презумптивной ассимиляціи, своими подданными иностранцевъ, фактически укоренившихся въ странѣ. Опредѣленные факты разсматриваются законодателемъ, какъ презумпція juris et de jure прочнаго и окончательнаго водворенія иностранца въ странѣ; при наличности этихъ фактовъ иностранцы признаются ex lege мѣстными подданными.

Такъ, по французскому праву, признаются французско-подданными: 1) всѣ лица, рожденныя во Франціи, если отецъ или мать ихъ родились здѣсь же; 2) лица, рожденныя во Франціи и здѣсь же водворенныя ко времени своего совершеннолѣтія*).

---

*) *Для лицъ второй категоріи законъ 1889 г. создаетъ об-*

Точно также въ *Швеціи* по закону 1 октября 1894 г., признаются подданными ex lege иностранцы, рожденные въ Швеціи, и здѣсь непрерывно проживающіе до достиженія 22-хъ лѣтняго возраста.

Въ *Португаліи* лица, рожденныя отъ португальцевъ заграницей считаются jure soli иностранцами, но если они водворятся въ Португаліи, они становятся ex lege португальскими подданными. Въ данномъ случаѣ рожденіе отъ португальскихъ родителей, въ связи съ водвореніемъ въ Португаліи, разсматривается законодателемъ, какъ фактъ, свидѣтельствующій о презумптивной ассимиляціи иностранца.

Съ установленіемъ подданства по началу презумтивной ассимиляціи мы встрѣчаемся въ законодательствѣ и многихъ другихъ государствъ: Италіи, Бельгіи, Люксенбурга и др.

II.

НАТУРАЛИЗАЦІЯ

Подъ натурализаціей мы понимаемъ принятіе иностранца въ въ подданство актомъ правительственной власти, *обусловленнымъ предварительнымъ согласіемъ, или, точнѣе, ходатайствомъ иностранца.*

Необходимость предварительнаго согласія иностранца на натурализацію, т.е. хотайства о ней, отличаетъ натурализацію отъ принудительнаго установленія подданства. Безъ согласія иностранца натурализація невозможна; съ другой стороны, натурализація невозможна безъ согласія государственной власти на принятіе иностранца въ подданство. Такимъ образомъ, натурализація имѣетъ характеръ соглашенія воль, - двухсторонней сдѣлки между государственной властью и иностранцемъ.

Вопросъ объ юридической природѣ натурализаціи является

легченный способъ выхода путемъ декларации изъ французскаго подданства. Право декларативнаго выхода изъ французскаго подданства законъ 1893 г. распространяетъ на лицъ, рожденныхъ во Франціи отъ матери, рожденной здѣсь же. (Объ этомъ см. ниже).

однимъ изъ спорныхъ вопросовъ публичнаго права.

Въ современной германской публицистикѣ многими писателями, напримѣръ, Лабандомъ, Іеллинекомъ,- высказывается мнѣніе, будто бы актъ натурализаціи есть публично-правовой договоръ между государствомъ и иностранцемъ.

Съ другой стороны, нѣкоторые писатели, напримѣръ, Mayer, Radnitzky, Fezner и др.,- отрицаютъ за натурализаціей договорный характеръ. По ихъ мнѣнію, иностранецъ, находящійся на территоріи государства, подчиняется суверенной его власти. Государство отнюдь не является частно-правнымъ обществомъ, простирающимъ свою опредѣленную статутомъ власть только на членовъ, принятыхъ опредѣленнымъ образомъ въ его составъ. Государство - верховная власть, владыка, господствующій надъ всѣми, кого фактически въ состояніи достать его рука,- надъ иностранцами, проживающими на государственной территоріи, совершенно такъ же, какъ и надъ туземцами. Еще не такъ давно государство ex lege объявляло своимъ подданнымъ каждаго иностранца, прожившаго на его территоріи болѣе или менѣе продолжительное время. Въ Австріи, напримѣръ, до 1899 г. десятилѣтнее пребываніе иностранца въ предѣлахъ государства влекло за собой ipso facto принудительное установленіе подданства. И если въ настоящее время государство измѣнило свое отношеніе къ натурализаціи, то это объясняется соображеніями цѣлесообразности, разумной политикой законодателей, и только. Съ точки зрѣнія современнаго государства, натурализація иностранца лишь въ томъ случаѣ отвѣчаетъ интересамъ государства, если оно имѣетъ основаніе предполагать, что натурализованный иностранецъ способенъ ассимилироваться, слиться съ кореннымъ населеніемъ; ибо, инородное тѣло, попадая въ живой организмъ, разлагаетъ его, если не усваивается имъ. Само собой разумѣется, что при отсутствіи согласія иностранца на натурализацію,- другими словами - при отсутствіи привязанности къ странѣ,- объ ассимиляціи его не можетъ быть и рѣчи. Именно потому государство обусловливаетъ натурализацію иностранца его ходатайствомъ о ней. Для того, чтобы признать натурализацію договоромъ, требуется, во всякомъ случаѣ, чтобы воли иностранца и государства имѣли совершенно одинаковое *причинное* отношеніе къ нему; чтобы натурализація была также невозможна безъ

согласія иностранца, какъ безъ согласія государственной власти; на самомъ дѣлѣ, causa efficiens отношенія является воля государства; согласіе же укореняемаго лица есть только одно изъ условій, которыя предшествуютъ правительственному акту и требуются закономъ, прежде всего и главнымъ образомъ, въ интересахъ самого государства.

Приведенная аргументація не представляется намъ убѣдительной. Она не убѣдительна прежде всего потому, что трудно признать за государствомъ "право" принудительнаго включенія въ число подданныхъ *всякаго* иностранца, пребывающаго на его территоріи. Мы думаемъ, что и установленіе подданства ex lege по началу презумптивной ассимиляціи, т.е. признаніе подданнымъ иностранца, предполагаемаго, фактически укоренившимся въ странѣ, стоитъ въ противорѣчіи не только съ природой международнаго общенія, но и съ нормами международнаго права; во всякомъ случаѣ, съ международно-правовой точки зрѣнія, **недопустима** принудительная національзація всякаго иностранца только потому, что онъ находится на территоріи государства. Натурализація также невозможна безъ согласія иностранца, какъ и безъ согласія государственной власти; согласіе иностранца является такою же причиной (causa effeciens) натурализаціи, какъ и согласіе государства. Натурализація, дѣйствительно, является соглашеніемъ двухъ равнозначущихъ волъ, двусторонней сдѣлкой. И если, вообще, признать категорію договора общеправовой, а не цивилистической категоріей, то нѣтъ и не можетъ быть никакихъ основаній къ непризнанію натурализаціи договоромъ публичнаго права.

Отношеніе современныхъ государствъ къ натурализаціи существенно различно: одни государства обставляютъ натурализацію цѣлымъ рядомъ болѣе или менѣе стѣснительныхъ условій, другіе - наоборотъ, предоставляютъ ее почти всякому желающему получить ее.

То или иное отношеніе государства къ натурализаціи опредѣляется общимъ характеромъ полунаціоналистической политики.

Государства, бѣдныя народонаселеніемъи поэтому желающія увеличить число своихъ подданныхъ, относятся къ вопросу натурализаціи весьма либерально: въ Бразиліи, напримѣръ, натурализація исключительно обусловливается двухлѣтнимъ пребываніемъ иностранца въ странѣ. Европейскія государства въ раз-

сматриваемомъ отношеніи гораздо требовательнѣе южно-американ - скихъ. Разумѣется, объясняется это сравнительной плотностью населенія европейскихъ государствъ.

Въ нѣкоторыхъ государствахъ, напримѣръ, въ Бельгіи, Люксембургѣ и др., натурализація совершается въ законодательномъ порядкѣ, т.е. актомъ законодательной власти; въ большинствѣ государствъ натурализація входитъ въ компетенцію правительственной власти - центральной (въ Россіи, Франціи и др.), или мѣстной (въ Австраліи).

Элементы, которыми обусловливается въ большинствѣ государствъ натурализація, сводятся къ слѣдующему.

1. *Предварительное водвореніе.*

Въ нѣкоторыхъ государствахъ требуется, такъ называемое *легальное водвореніе*, т.е. опредѣленной продолжительности пребываніе въ предѣлахъ государства *послѣ* сдѣланнаго иностранцемъ заявленія о своемъ намѣреніи натурализоваться. Въ Россіи иностранецъ, желающій натурализоваться, долженъ подать объ этомъ губернатору заявленіе; отъ губернатора онъ получаетъ, такъ называемое, водворительное свидѣтельство; и только по истеченіи пяти лѣтъ иностранецъ можетъ возбудить ходатайство о натурализаціи.

Въ другихъ государствахъ натурализація обусловлена *фактическимъ* водвореніемъ. Въ Австраліи, напримѣръ, всякій иностранецъ, проживщій не менѣе 10-ти лѣтъ въ странѣ, можетъ ходатайствовать о натурализаціи.

Во Франціи - комбинированная система. Для натурализаціи требуется либо трехлѣтнее пребываніе во Франціи послѣ допущенія къ водворенію (Admission a domicil), либо десятилѣтнее фактическое пребываніе безъ предварительнаго допущенія къ водворенію.

2. *Дѣеспособность иностранца*, по отечественному его закону, къ моменту ходатайства о натурализаціи.

3. *Нравственная неопороченность иностранца.*

Иностранецъ, судившійся и признанный виновнымъ въ позоря-

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". Проф. В.М.Гессенъ.

Изданіе Кассы Взаимопом. Студ. СПБ. Политехник. Института.

Типография Трофимова. Можайская ул., д.3. Л.9.

цемъ преступленіи, или состоящій подъ слѣдствіемъ и судомъ по обвиненію въ такомъ преступленіи, не можетъ быть натурализованъ.

4. *Имущественная достаточность иностранца.*

5. Въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ, напримѣръ, въ Швейцаріи, Швеціи и Норвегіи, сверхъ того, во избѣжаніе международныхъ конфликтовъ, отъ иностранца, ходатайствующаго о натурализаціи, требуется предъявленіе удостовѣренія о прекращеніи подданнической связи, соединяющей его съ прежнимъ отечествомъ.

Въ нѣкоторыхъ, правда, исключительныхъ случаяхъ, - во многихъ государствахъ допускается наряду съ обыкновенной, *привилегированная* натурализація, освобождающая иностранца отъ требованія предварительнаго водворенія, или сокращающаго его срокъ. Право на привилегированную натурализацію предоставляется тѣмъ лицамъ, вступленіе которыхъ въ подданство представляется для государства почему либо желательнымъ.

Такими, напримѣръ, лицами, по французскому праву, являются: иностранецъ, отбывшіе воинскую повинность во французскихъ колоніяхъ, женатые на французско-подданныхъ, извѣстные уже своею торговою и промышленною дѣятельностью и другіе. Уже по истеченіи года послѣ предварительнаго водворенія они могутъ ходатайствовать о принятіи ихъ во французское подданство; для нѣкоторыхъ иностранцевъ, - напримѣръ, для бывшихъ французовъ (реинтеграція) - и это условіе не является обязательнымъ.

Въ Греціи турецко-подданные греческой національности могутъ быть натурализованы безъ какого бы то ни было предварительнаго водворенія.

По общему правилу, натурализованный иностранецъ совершенно уравнивается въ правахъ и обязанностяхъ съ кореннымъ подданнымъ. Этого требуетъ принципъ гражданской равноправности подданныхъ. Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ натурализованные иностранцы ограничены въ своихъ политическихъ правахъ. Такъ, напримѣръ, въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ натурализованные иностранцы никогда не могутъ быть президентомъ или вице-президентомъ федерацiи. Для того, чтобы быть избраннымъ въ Палату представителей, необходимо быть подданнымъ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ въ теченіи 7 лѣтъ; для того, чтобы быть сенаторомъ - въ теченіи 9-ти лѣтъ. Въ Ан-

гліи натурализованный иностранецъ не можетъ быть членомъ Тайнаго Королевскаго Совѣта; въ Португаліи онъ не можетъ быть депутатомъ, министромъ, государственнымъ совѣтникомъ.

Въ нѣкоторыхъ государствахъ различается двоякаго рода натурализація,- большая и малая въ Бельгіи, натурализація и денизація въ Англіи; при чемъ только первая предоставляетъ иностранцу пользованіе политическими правами.

Что касается, наконецъ, вопроса о вліяніи натурализаціи на семью иностранца, то этотъ вопросъ разсмотрѣнъ нами выше въ связи съ другими способами принудительнаго установленія подданства.

III.

Декларативное вступленіе въ подданство.

Подъ декларативнымъ вступленіемъ въ подданство мы понимаемъ пріобрѣтеніе подданства иностранцемъ по собственному праву путемъ односторонняго волевого акта,- деклараціи иностранца.

Отъ обязательнаго установленія подданства декларація подданства существеннымъ образомъ отличается тѣмъ,что ея конститутивнымъ элементомъ, conditio sine qua non, является свободная воля иностранца, его желаніе,надлежащимъ образомъ выраженное,- вступить въ чье либо подданство.

Съ другой стороны, отъ натурализаціи декларація подданства существенно отличается тѣмъ, что ея вполнѣ отрицается дискреціонность усмотрѣнія административной власти. Въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ,иностранецъ пріобрѣтаетъ подданство *фактомъ* своей деклараціи, потому что онъ имѣетъ право на вступленіе въ подданство. Правительственная власть не можетъ не принять въ подданство иностранца, квалифицированнаго надлежащимъ обтазомъ, если только онъ *требуетъ* такого принятія.

По *французскому* праву (зак. 1889 г.) право на декларативное вступленіе въ подданство имѣютъ иностранцы трехъ категорій:

Во 1-хъ, всѣ родившіеся во Франціи иностранцы, кромѣ тѣхъ, которые становятся французско-подданными ex lege*), - другими словами, всѣ иностранцы, родившіеся во Франціи, если родители ихъ родились заграницей и сами они въ моментъ совершеннолѣтія не находились во Франціи. Лица означенной категоріи имѣютъ право на декларацію подданства только въ теченіе года по достиженіи совершеннолѣтія.

Во 2-хъ, жена натурализованнаго иностранца и его совершеннолѣтнія дѣти въ теченіе года по достиженіи совершеннолѣтія; и, наконецъ, -

Въ 3-хъ, всѣ, вообще, иностранцы, родившіеся отъ бывшихъ французовъ (ex-французовъ), т.е. лицъ, утратившихъ французское подданство. На этомъ основаніи право на декларацію принадлежитъ лицамъ, родившимся отъ бывшей французской подданной, утратившей подданство фактомъ выхода замужъ за иностранца; на томъ же основаніи право на это принадлежитъ всякому Эльзасъ-Лотарингцу, отецъ котораго родился до отторженія Эльзаса и Лотарингіи отъ Франціи, т.е. до 1870 года.

Изъ указанныхъ трехъ случаевъ декларації практическое значеніе имѣетъ одинъ только послѣдній; что касается первыхъ двухъ, то они имѣютъ характеръ совершенно исключительный, и почти не встрѣчаются на практикѣ.

Необходимо замѣтить, что, согласно позднѣйшему французскому закону 1893 г., декларативное вступленіе въ подданство обставлено нѣкоторыми, болѣе или менѣе стѣснительными, условіями. Такъ, прежде всего, декларація подданства, подъ страхомъ ея недѣйствительности, должна быть зарегистрирована Министерствомъ Юстиціи. Въ регистраціи заявленію можетъ быть отказано въ двухъ случаяхъ, - во 1-хъ, когда изъ документовъ, предъявленныхъ декларантомъ, окажется, что онъ не уполномоченъ на декларативное вступленіе въ подданство, и, во 2-хъ, декларанту, отвѣчающему всѣмъ законнымъ требованіямъ, въ регистраціи можетъ быть отказано *по причинѣ его нравственной недостойности* (pour cause d'indignité); въ послѣднемъ случаѣ вопросъ объ отказѣ въ регистраціи рѣшается декретомъ президента республики, изданнымъ *согласно съ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта.*

Подчиняя, такимъ образомъ, декларативное вступленіе въ подданство извѣстному контролю правительственной власти, за-

*) *О нихъ см. выше.*

конъ 1893 г. отнюдь не отрицаетъ юридической природы этого института, какъ *субъективнаго права* иностранца на вступленіе въ подданство: обусловливая отказъ въ регистраціи согласіемъ Государственнаго Совѣта, законъ тѣмъ самымъ превращаетъ такой отказъ изъ акта административнаго усмотрѣнія въ рѣшеніе административнаго суда.

Право на декларативное вступленіе въ подданство, предоставляется опредѣленнымъ категоріямъ иностранцевъ и другими законодательствами.

Такъ, по *Германскому* праву (Импер.зак. 1 іюня 1870 года) *право* на вступленіе въ подданство путемъ декларацiи принадлежитъ: -

1) Подданнымъ одного изъ германскихъ государствъ, желающимъ вступить въ подданство другого германскаго государства*).

2) Бывшимъ германскимъ подданнымъ, утратившимъ, по какой либо причинѣ, свое подданство (такъ называемая реинтеграція).

3) Иностранцамъ, находящимся заграницей на Имперской государственной службѣ (зак дек. 1875 г.).

Въ *Россіи* (т.IX, ч.I. Свод. Зак., изд. 1899 г. ст. 850 - 853) правомъ на декларативное вступленіе въ подданство пользуются слѣдующія категоріи лицъ.

1) Дѣти иностранцевъ, прижитыя и воспитанныя въ Россіи, или же, хотя и рожденныя заграницей, но окончившіе курсъ наукъ въ русскихъ высшихъ, или среднихъ учебныхъ заведеніяхъ, если они заявятъ о своемъ желаніи вступить въ подданство въ теченіе года по достиженіи совершеннолѣтія.

2) Совершеннолѣтнія дѣти натурализованныхъ иностранцевъ, либо одновременно съ натурализаціей родителей, либо въ теченіе года послѣ нея,

3) Иностранцы, состоящіе въ русской гражданской службѣ, а также духовные иностранныхъ исповѣданій, приглашаемые правительствомъ на службу въ Россію.

4) Русскія подданныя, вышедшія замужъ за иностранца, въ случаяхъ смерти мужа или расторженія брака.

Случаи декларативнаго установленія подданства встрѣчают-

---

*) *Вступленіе въ подданство такихъ лицъ Имперскій законъ 1870 г. называетъ не натурализаціей, а принятіемъ въ подданство* (Süfnahme).

ся и во многихъ другихъ законодательствахъ,- въ *Бельгіи, Италіи, Греціи* и т.д.

IV.

Объ утратѣ подданства.

Между вступленіемъ въ подданство и выходомъ изъ него существуетъ коренное различіе;только въ исключительныхъ случаяхъ современныя законодательства разсматриваютъ вступленіе въ подданство, какъ *право* иностранца; наоборотъ, всѣ почти современныя законодательства признаютъ за подданнымъ *право* на выходъ изъ подданства.

Еще не такъ давно принципъ неразрывности поданнической связи являлся общепризнаннымъ принципомъ публичнаго права государствъ европейской культуры.Только въ 1870 г.Англія отказывается отъ традиціоннаго начала англійскаго обычнаго права: "разъ подданный - навсегда подданный". Въ настоящее время свобода экспатріаціи признается всѣми государствами, за исключеніемъ Турціи и Россіи.

Неразрывность поддапнической связи, признаваемая законодательствами XVIII вѣка, находитъ себѣ объясненіе въ господствѣ въ теченіе этой эпохи популяціонистическихъ теорій, признававшихъ избытокъ населенія залогомъ преуспѣянія государства.Съ т.зр.современной экономич. политики,не въ избыткѣ населенія, а въ соотвѣтствіи его наличнымъ производительнымъ силамъ страны заключается условіе экономическаго преуспѣянія государства. Поэтому искусственныя мѣры увеличенія населенія,равно какъ и противодѣйствіе такому увеличенію,въ одинаковой степени не имѣютъ смысла.

Крѣпостной характеръ подданства стоитъ въ безусловномъ противорѣчіи и съ соображеніями нравственнаго порядка.По общему правилу, эмиграція является для человѣка крайнимъ,почти отчаяннымъ средствомъ. Человѣкъ тяжело разстается съ той средой, въ которой онъ выросъ, съ тѣми людьми, которыхъ онъ любитъ, съ тѣми учрежденіями, къ которымъ привыкъ. Огромное большинство людей только подъ гнетомъ крайней матеріальной,

или духовной нужды рѣшаются покинуть отечество. При такихъ условіяхъ государство, не сумѣвшее имъ обезпечить сноснаго существованія, не можетъ и не должно воздвигать преграды на ихъ и безъ того трудномъ пути. Не признавая свободы экспатріаціи *юридическимъ* титуломъ обязанности повиновенія, какъ это дѣлаетъ контрактная теорія подданства; нельзя, казалось бы, не признать за ней большого моральнаго значенія, освѣщающаго и укрѣпляющаго эту обязанность. Доля истины заключается и въ словахъ, приписанныхъ Платономъ Сократу: несмотря на просьбы друзей, Сократъ отказывается бѣжать отъ ожидающей его казни; вѣдь онъ имѣлъ право, будучи недоволенъ политическимъ строемъ Аѳинъ, уйти изъ отечества и поселиться въ другомъ государствѣ, - ворота Аѳинъ открыты для каждаго; оставшись въ Аѳинахъ, онъ обязанъ повиноваться Аѳинскимъ законамъ *)

Таковы принципіальныя соображенія, несомнѣнно, повліявшія на признаніе современными законодательствами принципа свободы оставленія подданства. Нельзя, впрочемъ, отрицать, что на признаніе означеннаго принципа оказали вліяніе и соображенія практическаго свойства.

Неоднократно указывалось, что чѣмъ консервативнѣе правительство, тѣмъ шире и полнѣе оно должно предоставить своимъ подданнымъ свободу экспатріаціи. Такая экспатріація, сопровождаемая въ большинствѣ случаевъ фактическимъ оставленіемъ отечества, является своего рода предохранительнымъ клапаномъ, предупреждающимъ угрожающій государству взрывъ. Какъ извѣстно, Кромвель былъ задержанъ англійскими властями на кораблѣ, когда онъ собирался эмигрировать въ Америку.

Съ другой стороны, въ экономической литературѣ нерѣдко отмѣчается та огромная польза, которая приносится эмигрантами своему оставленному отечеству. Каждый эмигрантъ является живой связью между тѣмъ государствомъ, которое онъ оставилъ, и тѣмъ, въ которомъ онъ водворился. По справедливому замѣчанію P.Leroy-Beaulieu, эмигранты являются для отечественнаго произ-

---

*) *Сравнить слова Цицерона* (Cicero pro Balbo. c 13, § 31): Ne quis invitus civitate mutetur neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum.

водства наилучшими комми-вояжерами, наиболѣе убѣжденными и наиболѣе свѣдующими. Германскіе эмигранты, разсѣянные по всему свѣту, въ значительной мѣрѣ способствовали завоеванію германской торговлей и промышленностью международнаго рынка. Поэтому государство не должно относиться враждебно къ эмигрантамъ, но, наоборотъ, должно идти навстрѣчу ихъ интересамъ въ своихъ собственныхъ интересахъ; въ частности, оно должно признать за ними право на оставленіе подданства, ибо отсутствіе этого права стѣсняетъ эмиграцію въ весьма значительной степени.

Нельзя также не замѣтить, что въ настоящее время ни одно государство не въ состояніи не только запретить, но даже ограничить фактическую эмиграцію своихъ подданныхъ; оно можетъ только не признавать *юридическихъ послѣдствій* эмиграціи, объявить невозможной или недозволенной *экспатріацію* подданныхъ. Противорѣчіе между фактомъ и правомъ, создаваемое такимъ образомъ, нежелательно, прежде всего, въ интересахъ самого государства.

Ввиду вышеизложенныхъ соображеній, современныя государства, какъ указано выше, осуществили — въ полной мѣрѣ, хотя и не въ одинаковой формѣ, — начало свободы оставленія подданства; и только Россія занимаетъ въ разсматриваемомъ вопросѣ изолированное положеніе; она одна свободы экспатріаціи не признаетъ.*)

По дѣйствующему праву, въ Россіи увольненіе изъ подданства совершается въ порядкѣ Верховнаго Управленія *дискреціоннымъ актомъ* Верховной власти. *Права* на увольненіе изъ подданства никто не имѣетъ: лица, достигшія 15-ти лѣтняго возраста, могутъ, по совершенномъ отбытіи ими воинской повинности, *ходатайствовать* передъ Верховной властью объ увольненіи изъ подданства**); удовлетвореніе этого ходатайства зависитъ отъ дискреціоннаго усмотрѣнія Верховной власти Само собой понятно, что при такихъ условіяхъ о свободѣ экспатріаціи не можетъ быть и рѣчи.

---

*) *Ст. 325 Улож о нак. (изд. 1885 ..). "Кто, отлучаясь изъ отечества, войдетъ въ иностранную службу безъ позволенія правительства, или вступитъ въ подданство иностранной державы, то за сіе нарушеніе вѣрноподданническаго долга и присяги подвергается .....".*

**) *Уст. о воинской повинности (изд. 1874 г.) ст. 3: срв. ст. 32, прим. 2 учр. Кол. Мин. П.С. З. №53521.*

Исключительное положеніе, занимаемое въ разсматриваемомъ вопросѣ Россіей, представляется тѣмъ болѣе страннымъ, что русская эмиграція, мало-значительная по своимъ размѣрамъ,- явленіе, искусственно вызванное нашей внутренней политикой, тѣми законодательными и правительственными мѣрами, которыя направлены противъ иновѣрныхъ и инородческихъ элементовъ населенія, вообще, и противъ евреевъ, въ особенности. Но въ такомъ случаѣ, лишать русскихъ эмигрантовъ права на увольненіе изъ подданства и нелогично до абсурда и неправильно до жестокости. *Нелогично* ставить какія бы то ни было препятствія удаленію эмигрантовъ населенія, признаваемыхъ оффиціально "нежелательными и даже вредными"; *несправедливо* отказывать въ правѣ на экспатріацію лицамъ, которыхъ правительство ставитъ въ исключительно-тяжелыя, невыносимыя условія жизни...

Несмотря на безспорность вышеизложенныхъ соображеній, вопросъ о признаніи за русскими подданными права на выходъ изъ подданства, поставленный на законодательную очередь еще въ концѣ 60-хъ гг., до настоящаго времени остается неразрѣшеннымъ вопросомъ. За это время соотвѣтственные законопроекты, изготовленные соотвѣтственными комиссіями, трижды вносились въ Государственный Совѣтъ,- въ 1871 г., въ 1876 г. и въ 1893 гг., и трижды они возвращались изъ Государственнаго Совѣта въ соотвѣтственное министерство для дальнѣйшей разработки дѣла, для сношенія по его поводу съ вѣдомствами, для дополненія дѣла новыми справками.

Переходя къ разсмотрѣнію способовъ прекращенія подданнической связи, мы должны, классифицируя эти способы, имѣть въ виду вышеизложенныя соображенія.

Всѣ, вообще, способы прекращенія подданства распадаются на двѣ категоріи - *выходъ изъ подданства по собственному праву и принудительное лишеніе подданства.*

Первая категорія является общимъ правиломъ, вторая - исключеніемъ.

Разсмотримъ каждую изъ этихъ категорій особо.

I. ВЫХОДЪ ИЗЪ ПОДДАНСТВА ПО СОБСТВЕННОМУ ПРАВУ.

Сюда относятся:

1) *Увольненіе изъ подданства.* Въ Германіи для выхода изъ подданства необходимо полученіе увольнительнаго свидѣтельства (Entlassung auf Antrag). Laband полагаетъ, что увольненіе изъ подданства - contrarius actus натурализаціи; другими словами, что юридическая природа увольненія изъ подданства и натурализаціи - тождественны. Согласиться съ этимъ мнѣніемъ невозможно. Въ то время, какъ иностранецъ права на натурализацію не имѣетъ, подданный имѣетъ право на увольненіе изъ подданства. Натурализація иностранца зависитъ отъ дискреціоннаго усмотрѣнія правительственной власти; наоборотъ, увольненіе изъ подданства, - точнѣе, выдача увольнительнаго свидѣтельства - составляетъ обязанность правительства, которой соотвѣтствуетъ право на увольненіе подданнаго. Такое увольненіе изъ подданства отличается toto coelo отъ увольненія изъ подданства по русскому праву. Если въ Россіи о свободѣ экспатріаціи не можетъ быть и рѣчи, то въ Германіи, несмотря на увольнительный режимъ прекращенія подданства, такая свобода въ полной мѣрѣ осуществлена.

По германскому закону 1870 г. право на увольненіе принадлежитъ всякому подданному моложе 17 лѣтъ, или старше 25 лѣтъ. Въ промежутокъ между этими возрастами въ увольненіи отъ подданства можетъ быть отказано лицамъ, не отбывшимъ еще воинской повинности. Какъ всякое публичное право, - и право на увольненіе изъ подданства защищается въ судебно-административномъ порядкѣ: отказъ правительства въ выдачѣ увольнительнаго свидѣтельства можетъ быть обжалованъ въ административный судъ.

Путемъ увольненія изъ подданства прекращается подданическая связь въ *Австріи* и въ *Баваріи*, въ *Швейцаріи* и въ нѣкоторыхъ другихъ государствахъ.

2) *Выходъ изъ подданства путемъ натурализаціи въ другомъ государствѣ.*

Утрата подданства фактомъ натурализаціи въ другомъ госу-

дарствѣ - традиціонный институтъ французскаго права. Уже конституція 1791 года провозглашаетъ принципъ:французское подданство утрачивается фактомъ натурализаціи въ другомъ государствѣ. Этотъ принципъ, по справедливости называемый французскимъ, переходитъ въ Code civil Наполеона;отсюда онъ заимствуется законодательствами большинства европейскихъ государствъ. Несмотря на частую смѣну политическихъ режимовъ, принципъ, о которомъ идетъ рѣчь, остается непоколебимымъ вплоть до 1889 г. Законъ 26 іюня 1889 г.,удерживая, по прежнему, самый принципъ, впервые ограничиваетъ примѣненіе его въ интересахъ неуклоннаго отбыванія воинской повинности.

Согласно ст. 17 Code civ. въ новой редакціи, теряетъ, французское подданство:

1) Французъ, натурализованный заграницей, или, по своему ходатайству, получившій иностранное подданство силой закона.

Натурализація въ иностранномъ государствѣ француза, еще не отбывшаго воинской повинности,только въ томъ случаѣ ведетъ за собою утрату французскаго подданства, если она разрѣшена французскимъ правительствомъ.

Такимъ образомъ, по французскому праву, подданство утрачивается натурализаціей въ иностранномъ государствѣ, а также декларативнымъ вступленіемъ въ иностранное подданство. Если французъ признается въ какомъ либо иностранномъ государствѣ мѣстнымъ подданнымъ ex lege противъ или помимо его желанія, напримѣръ, фактомъ презумптивной ассимиляціи,- онъ, разумѣется, французскаго подданства не утрачиваетъ.Въ отличіе отъ германскаго законодательства, французское не знаетъ института *увольненія* изъ подданства. Прекращеніе подданнической связи является актомъ свободнаго усмотрѣнія индивида; какъ такой актъ,оно не подлежитъ не только непосредственному воздѣйствію, но даже и контролю правительственной власти. Съ другой стороны, признавая свободу экспатріаціи, французское законодательство, въ отличіе отъ германскаго, понимаетъ эту свободу не какъ право добровольнаго выхода изъ подданства, а какъ право добровольной *перемѣны* его. Свобода экспатріаціи отнюдь не заключается въ правѣ на безподданство, она предполагаетъ лишь право быть подданнымъ *любого* государства.

Кромѣ Франціи, подданническая связь считается прекращен-

ной фактомъ натурализаціи въ другомъ государствѣ - въ Бельгіи, Люксембургѣ, Италіи, Голландіи, Швеціи, Испаніи, Норвегіи и нѣкоторыхъ другихъ государствахъ. Англія, оставшаяся въ теченіи долгаго времени вѣрной принципу неразрывности подданнической связи, усваиваетъ французскую систему закономъ 12 мая 1870 года.

3) *Репудіація* подданства (декларація иностраннаго подданства).

Подъ репудіаціей подданства мы понимаемъ прекращеніе подданнической связи путемъ односторонняго акта декларація иностраннаго подданства. Разсматриваемый способъ прекращенія подданства вполнѣ аналогиченъ декларативному вступленію въ подданство. Подданный заявляетъ, что онъ обладаетъ иностраннымъ подданствомъ и желаетъ сохранить таковое за собой. Фактомъ такого заявленія онъ становится иностранцемъ. Какъ видно изъ самого опредѣленія репудіаціи подданства, она всегда и необходимо предполагаетъ двуподданство лица. Чаще, чѣмъ въ другихъ странахъ, репудіація подданства практикуется во Франціи. Какъ извѣстно, французскій законодатель объявляетъ значительныя категоріи иностранцевъ французскими подданными фактомъ презумптивной ассимиляціи; репудіація подданства является необходимымъ коррективомъ къ институту презумптивной ассимиляціи. Бельгіецъ, рожденный во Франціи и въ моментъ совершеннолѣтія находящійся въ ея предѣлахъ, становится французско-подданнымъ ex lege, но въ то же время, по бельгійскому праву, онъ остается бельгійцемъ. Возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ такому лицу освободиться отъ французскаго подданства? По общему правилу, какъ извѣстно, французское подданство прекращается путемъ натурализаціи въ другомъ государствѣ; но лицо, о которомъ идетъ рѣчь, является въ Бельгіи бельгійцемъ и, слѣдовательно, натурализоваться въ Бельгіи не можетъ; поэтому репудіація французскаго подданства является для такого лица единственнымъ возможнымъ средствомъ освободиться отъ него.

Правомъ репудіаціи подданства во Франціи, по законамъ 1889 и 1893 гг., пользуются:

1) Лица, рожденныя во Франціи отъ *матери* иностранки, рожденной здѣсь же.

2) Дѣти иностранцевъ, рожденныя во Франціи и водворенныя

въ ней въ эпоху совершеннолѣтія.

3) Несовершеннолѣтнія дѣти иностранцевъ, натурализованныхъ во Франціи*).

По этому закону 1889 г. декларація иностраннаго подданства обставлена во Франціи рядомъ весьма стѣснительныхъ условій. Такъ,во первыхъ, декларація должна быть сдѣлана въ теченіе года по достиженіи совершеннолѣтія, опредѣляемаго по французскому закону; во вторыхъ, къ деклараціи должно быть приложено удостовѣреніе иностраннаго правительства въ томъ, что декларантъ сохранилъ первоначальное подданство своихъ родителей и что, сверхъ того, онъ являлся къ отбыванію воинской повинности, сообразно законамъ своей страны.

Институтъ репудіаціи подданства встрѣчается и въ дру-

---

*) *Лица, означенныя въ п.1, получаютъ право репудіаціи по закону 1898 г. Поводомъ къ изданію этого закона послужили дипломатическія представленія Швейцаріи и Бельгіи съ указаніемъ на неудобства, сопряженныя съ примѣненіемъ закона 1889 года. По справедливому указанію названныхъ странъ, два послѣдовательныхъ рожденія во Франціи отнюдь не всегда являются доказательствомъ презумптивной ассимиляціи лица съ Франціей, и въ особенности, подобный фактъ не свидѣтельствуетъ о презумптивной ассимиляціи въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо рождается во Франціи отъ матери, рожденной здѣсь же. Возьмемъ примѣръ: бельгіецъ вступаетъ въ бракъ съ французско-подданной; послѣдняя* eo ipso *становится "иностранкой,рожденной во Франціи"; на время родовъ такая иностранка пріѣзжаетъ къ своей матери во Францію, сейчасъ послѣ родовъ она возвращается со своимъ ребенкомъ къ отцу въ Бельгію; такой ребенокъ, хотя бы онъ никогда больше во Франціи не бывалъ, по французскому праву является французско-подданнымъ. Ввиду очевиднаго,въ подобныхъ случаяхъ,несоотвѣтствія между правомъ и фактомъ, законъ 1893 г. предоставляетъ лицамъ разсматриваемой категоріи право репудіаціи французскаго подданства. Этимъ правомъ не пользуются, однако, лица, рожденныя во Франціи отъ отца иностранца, рожденнаго здѣсь же. Остается открытымъ вопросъ, какимъ образомъ такимъ лицамъ освободиться отъ французскаго подданства.*

гихъ законодательствахъ. Такъ, напримѣръ, въ Англіи, по закону 1870 г., лица, рожденныя отъ иностранцевъ въ Англіи, равно, какъ лица, рожденныя отъ англичанъ заграницей, имѣютъ право на репудіацію англійскаго подданства въ теченіе года по достиженіи ими совершеннолѣтія.

II.

Принудительное лишеніе подданства.

1) Принудительное лишеніе подданства, подобно принудительному установленію его, допускается современными законодательствами, прежде всего, по началу *національнаго единства семьи*. Такъ, подданная, вышедшая замужъ за иностранца, лишается своего первоначальнаго подданства. Въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ за натурализаціей признается коллективный характеръ, такой же коллективный характеръ признается, по общему правилу, и за выходомъ изъ подданства: жена или несовершеннолѣтнія дѣти, или только жена, или только дѣти лица, добровольно оставившаго свое подданство, лишаются подданства ex lege, принудительнымъ для нихъ образомъ.

Во Франціи, впрочемъ, натурализація иностранца влечетъ за собою, какъ уже указано выше, принудительное установленіе подданства для его несовершеннолѣтнихъ дѣтей; наоборотъ, натурализація француза имѣетъ индивидуальный характеръ и, слѣдовательно, дѣти его, хотя бы и несовершеннолѣтнія, остаются французско-подданными.

2) Другимъ фактомъ, влекущимъ за собой принудительное лишеніе подданства, является, по нѣкоторымъ законодательствамъ, *долговременное пребываніе заграницей*. Такъ, въ Германіи, по закону 1870 г., всякій германскій подданный, проживший заграницей 10 лѣтъ со дня выѣзда изъ Германіи или со дня полученія заграничнаго паспорта, почитается утратившимъ германское подданство; теченіе десятилѣтняго срока прерывается имматрикуляціей въ имперскомъ консульствѣ. Точно такъ же *венгерское* подданство, по закону 1879 г., утрачивается фактомъ десятилѣтняго непрерывнаго пребыванія заграницей.

3) Наконецъ, въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, принудительное лишеніе подданства, имѣя характеръ *карательной* мѣры, является слѣдствіемъ того или иного недозволеннаго дѣйствія.

Такъ, по французскому праву, утрачиваетъ подданство французы, занимающіе какую либо должность на государственной службѣ заграницей, несмотря на обращенное къ нимъ требованіе французскаго правительства объ отказѣ отъ нея въ опредѣленный срокъ. Равнымъ образомъ, утрачиваетъ подданство французы, состоящіе въ иностранномъ государствѣ на военной службѣ безъ спеціальнаго разрѣшенія французскаго правительства.

Въ Германіи могутъ быть лишены подданства распоряженіемъ высшей административной власти подданные германскихъ государствъ, если они, въ случаѣ войны, или военной опасности, не возвратятся въ имперію по требованію имперской власти. Равнымъ образомъ, принудительное лишеніе подданства, по распоряженію административной власти, можетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, если германско-подданные, состоящіе на иностранной службѣ, не откажутся отъ этой службы по категорическому требованію германскаго правительства.

Въ нѣкоторыхъ, совершенно исключительныхъ случаяхъ, лишеніе подданства фигурируетъ еще въ уголовныхъ кодексахъ, какъ уголовное наказаніе налагаемое судомъ. Такъ, во Франціи приговариваются къ лишенію подданства лица, владѣющія во французскихъ колоніяхъ рабами или принимающія участіе въ торговлѣ ими.

4.

О двуподданствѣ и безподданствѣ.

Какъ указано уже выше, понятіе подданства носитъ, въ значительной мѣрѣ, международно-правовой характеръ.

Подданнымъ даннаго государства является лицо, которое во всѣхъ другихъ государствахъ является иностранцемъ; иностранцемъ - лицо, которое въ другомъ государствѣ является подданнымъ. Отсюда, казалось бы, естественный и необходимый выводъ: способы установленія и прекращенія подданства должны опредѣляться не національнымъ законодательствомъ отдѣльныхъ госу-

дарствъ, а международнымъ соглашеніемъ между всѣми государствами. Законодатель можетъ сказать - "данное лицо - ной подданный"; но онъ не можетъ сказать - "лицо это - иностранецъ въ другихъ государствахъ". Законодатель можетъ признать данное лицо иностранцемъ, но не отъ него зависитъ признаніе этого лица подданнымъ другого государства*).

Между тѣмъ, въ дѣйствительности, законодательство о подданствѣ до сихъ поръ имѣетъ строго національный характеръ. Каждое государство опредѣляетъ способъ установленія и прекращенія подданства совершенно самостоятельно, не считаясь съ другими государствами. При этомъ законодатель, преимущественно, руководствуется соображеніями узко-національнаго характера: во Франціи, напримѣръ, все законодательство о подданствѣ проникнуто популяціонистической тенденціей, - стремленіемъ законодателя къ искусственному увеличенію числа французскихъ подданныхъ, хотя бы и въ ущербъ другимъ государствамъ.

Само собой понятно, что при такихъ условіяхъ естественно и неизбѣжно возникаютъ случаи двуподданства, съ одной стороны, и безподданства - съ другой. Въ однихъ случаяхъ одно и то же лицо является подданнымъ двухъ государствъ; въ другихъ - ни одно государство не признаетъ его своимъ подданнымъ. Теоретическая невозможность двуподданства и безподданства очевидна: подданнымъ въ собственномъ смыслѣ слова можетъ быть только лицо, являющееся иностранцемъ въ другихъ государствахъ; иностранцемъ - *только* лицо, являющееся въ другомъ государствѣ подданнымъ.

Теоретически невозможное, оказывается, однако, возможнымъ практически. Возникающее на почвѣ разнорѣчивыхъ постановленій современныхъ законодательствъ, двуподданство и безподданство является фактомъ широко распространеннымъ въ современной дѣйствительности. Поясним сказанное примѣрами.

---

*) *Ст. 19 Бельгійскаго* Code civ. *гласитъ: "Бельгійско-подданная, выходя замужъ за иностранца, пріобрѣтаетъ подданство своего мужа". Съ юридической точки зрѣнія, статья эта абсурдна. Бельгійскій законъ можетъ постановить: "Бельгійско-подданная, выходя замужъ за иностранца, утрачиваетъ бельгійское подданство. Пріобрѣтаетъ ли она подданство мужа, - это зависитъ отъ національнаго закона послѣняго.*

Какъ извѣстно, современныя законодательства опредѣляютъ установленіе подданства фактомъ рожденія по двоякому началу, - одни государства jure sanguinis, другія - jure soli.

Предположимъ, у родителей испанцевъ рождается ребенокъ въ Аргентинѣ. Послѣдній, по испанскому закону, является испанцемъ, jure sanguinis, но въ то же время, по аргентинскому закону, juire soli, онъ является аргентинскимъ подданнымъ.

Наоборотъ, у аргентинцевъ-родителей рождается ребенокъ въ Испаніи; послѣдній оказывается безподданнымъ; онъ будетъ иностранцемъ въ Испаніи jure sanguinis и, равнымъ образомъ, иностранцемъ въ Аргентинѣ, juire soli.

Англійское законодательство, усвоившее комбинированную территоріально-кровную систему установленія подданства, является въ весьма многихъ случаяхъ источникомъ двуподданства; такъ, напримѣръ, двуподданнымъ оказывается и французъ, рожденный въ Англіи, и англичанинъ, рожденный въ одной изъ южно-американскихъ федерацій.

Весьма обильнымъ источникомъ двуподданства является, такъ называемая, презумптивная ассимиляція, какъ способъ принудительнаго установленія подданства ex lege. Какъ уже указано выше, во многихъ государствахъ натурализація заграницей влечетъ за собой ipso facto утрату первоначальнаго подданства; однако, и въ такихъ государствахъ подданство никогда не утрачивается принудительнымъ, - помимо или даже противъ воли подданнаго, - включеніемъ его въ число подданныхъ другого государства по началу презумптивной ассимиляціи. Лицо, рожденное во Франціи отъ родителей бельгійцевъ, остается бельгійско-подданнымъ, хотя бы его отецъ или мать въ свою очередь, родились во Франціи. Оставаясь бельгійцемъ по бельгійскому закону, такое лицо, по французскому закону, становиться французомъ. Точно также швейцарецъ, рожденный во Франціи и въ моментъ совершеннолѣтія, находящійся въ ея предѣлахъ, пріобрѣтая ex lege французское подданство сохраняетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, свое первоначальное, швейцарское подданство.

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". проф. В.М.Гессенъ.

Изданіе Кассы Взаимопом. Студ. СПБ. Политехнич. Института.

Типографія Трофимова, Мохайская, 8. Л.10.

Разнорѣчивая постановленія современныхъ законодательствъ о натурализаціи, съ одной стороны, и объ утратѣ подданства, съ другой, часто являются, равнымъ образомъ, источникомъ двуподданства и безподданства.

Весьма немногія законодательства (Швеція, Норвегія, Люксембургъ и нѣкоторыя другія) признаютъ въ настоящее время необходимымъ условіемъ натурализаціи предварительное прекращеніе подданнической связи, соединяющей иностранца съ прежнимъ отечествомъ.

Натурализуя иностранца, большинство государствъ допускаетъ возможность возникновенія двуподданства. Германско-подданный, неполучившій увольнительнаго свидѣтельства и натурализованный во Франціи является въ одно и то же время подданнымъ двухъ государствъ – Германіи и Франціи.

Съ другой стороны, выходъ изъ подданства далеко не всегда и не во всѣхъ государствахъ имѣетъ характеръ *перемѣны* подданства. Свобода экспатріаціи понимается многими государствами, не какъ право быть подданнымъ любого государства, а какъ право не быть подданнымъ какого бы то ни было государства вообще.

Если Франція, по общему правилу, требуетъ для выхода изъ подданства пріобрѣтенія, путемъ натурализаціи, новаго подданства, то Германія, напримѣръ, обусловливая выходъ изъ подданства полученіемъ увольнительнаго свидѣтельства, допускаетъ экспатріацію подданнаго, независимо отъ пріобрѣтенія имъ новаго подданства.

Германско-подданный, получившій увольнительное свидѣтельство, или проживший безвыѣздно 10 лѣтъ заграницей, становится иностранцемъ; до тѣхъ-поръ, пока онъ не вступитъ въ новое подданство, онъ остается безподданнымъ.

Таковы наиболѣе типичные случаи безподданства и двуподданства, возникающіе на почвѣ разнорѣчивыхъ постановленій современныхъ законодательствъ о пріобрѣтеніи и утратѣ подданства.*)

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что какъ съ публично-правной, такъ и съ частно-правной точки зрѣнія явленіе двуподданства и безподданства представляется чрезвычайно серьезнымъ и

---

*) *См.* Bodmann. Die Rechtsiverhältnisse der sog. "Sujets mixtes". Archiv fur off. Recht. XII *Стр. 240, 317-379* passim.

и не легко устранимымъ зломъ.

Такъ, прежде всего, двуподданство, несомнѣнно, стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ истинной природой отношеній индивида къ государству.

Обязанности, возлагаемыя государствомъ на индивида, сплошь и рядомъ бываютъ такого рода, что исключаютъ всякую возможность дѣйствительнаго служенія двумъ государствамъ. Индивидъ не въ состояніи отбывать дважды воинскую повинность, потому что только разъ онъ бываетъ молодъ; онъ не въ состояніи исполнять политическихъ обязанностей въ двухъ государствахъ, потому что всегда возможна коллизія между ними. Нельзя въ одно и то же время быть, съ одной стороны, республиканцемъ и, слѣдовательно, исповѣдывать принципъ равенства во Франціи, а съ другой, быть вѣрно-подданнымъ короля и засѣдать въ Палатѣ лордовъ въ Англіи*). Поэтому индивидъ, являющійся de jure подданнымъ двухъ государствъ, de facto несетъ обязанности только по отношенію къ тому изъ нихъ, въ предѣлахъ и власти котораго онъ пребываетъ. Отсюда - возможность дипломатическихъ столкновеній между государствами, возможность уголовнаго преслѣдованія, направленнаго противъ невиннаго индивида. Лучшей иллюстраціей къ этому могутъ служить извѣстныя событія войны 1812 г. между Англіей и Соединенными Штатами**).

Въ 1869 г. (т.е. до изданія билля 1870 года), англійскій канцлеръ, лордъ Cockburn, писалъ: ***) "Лицо, рожденное французомъ на англійской территоріи, является франц., по французскимъ и англичаниномъ, по англ. законамъ. Если бы означенное лицо вернулось съ родителями во Францію, стало солдатомъ и оказалось бы вынужденнымъ принять участіе въ войнѣ между Франціей и Англіей, оно было бы признано въ Англіи измѣнникомъ и, въ случаѣ взятія въ плѣнъ, подверглось бы суду и казни за измѣну. И наоборотъ, если бы родители означеннаго лица остались въ Англіи и оно вступило бы въ ряды англійской арміи, оно было

---

*) *Срав. переписку лорда Брума и Кремье въ 1824 году* у Laurent. Droit civ. intern. *III. 259 и у мн. др.*

**) *Сравн. случай, имѣвшій мѣсто въ 1746 году и разсказанный Лоренсомъ* (Lacorence) *въ* Commentaires sur Wheaton *III., 228*

***) Cockburn. On nationality *68.*

бы приговорено къ смерти во Франціи, какъ французскій подданный, поднявшій оружіе противъ своего отечества" *).

Что касается безподданства, то крайне нежелательный, съ государственной точки зрѣнія, характеръ этого явленія, до наглядности очевиденъ. Въ настоящее время иностранцы, по общему правилу, пользуются тѣми же гражданскими правами, какія предоставлены собственнымъ подданнымъ государства. Этого требуетъ не только правосознаніе современнаго человѣчества, но и непосредственные интересы государства, какъ члена международнаго общества. Нѣмцу или итальянцу предоставлено пользованіе гражданскими правами въ Россіи, *потому*, что и для *того*, чтобы русскимъ предоставлено было пользоваться такими же правами въ Германіи и Италіи. Съ этой точки зрѣнія совершенно недопустимо положеніе безподданныхъ (Heimathlosen), пользующихся всѣми благами государственной жизни и свободныхъ отъ всѣхъ ея тяготъ**).

Не можетъ подлежать никакому сомнѣнію, что въ современномъ государствѣ, твердо установившемъ принципъ гражданской равноправности подданныхъ и иностранцевъ, безподданство - vagabonds internationaux, какъ ихъ иногда называютъ, - являются какою то новой аристократіей, какимъ то особымъ привилегированнымъ сословіемъ. Несправедливость, - скажемъ прямо, - невозможность такого порядка вещей очевидна. Исторія французскаго

---

*)V.Bodmann *разсказываетъ такой случай. - Въ 1874 г. натурализуется въ Германіи французъ; такъ какъ натурализація въ Германіи имѣетъ коллективный характеръ, то малолѣтній сынъ этого француза, фактомъ натурализаціи отца, становится* ex lege *германско-подданнымъ. Во Франціи экспатріація имѣетъ безусловно индивидуальный характеръ и, слѣдовательно, сынъ натурализованнаго въ Германіи француза остается французомъ. Въ 1892 г., по отбытіи въ Германіи воинской повинности, этотъ французъ, оказавшійся такимъ образомъ, двуподданнымъ, поступаетъ на частную службу въ* Pont-le-Mousson *(во Франціи). Но какъ только онъ переступаетъ французскую границу, онъ арестуется жандармами и предается военному суду по обвиненію въ дезертирствѣ. Военный судъ выноситъ обвинительный вердиктъ и только по настоянію германскаго правительства онъ получаетъ помилованіе.*

**) Laurent. Droit civ. intern. III, *стр. 195 и слѣд.*

законодательства о подданствѣ, начиная съ 1850 г., всего лучше свидѣтельствуетъ,какъ о тѣхъ неблагопріятныхъ для государства послѣдствіяхъ, которыя вызываются нахожденіемъ въ странѣ значительнаго числа безподданныхъ, такъ и о тѣхъ усиліяхъ,которыхъ не жалѣетъ законодатель въ борьбѣ съ этимъ зломъ.

Говоря о безподданствѣ, необходимо имѣть въ виду еще одно обстоятельство. Въ тѣхъ случаяхъ,о которыхъ рѣчь шла выше, состояніе безподданства, будучи крайне невыгоднымъ для государства, оказывается выгоднымъ для иностранца, находящагося въ его предѣлахъ. Оно выгодно, прежде всего потому, что освобождаетъ его отъ отбыванія воинской повинности,- одной изъ наиболѣе тяжелыхъ повинностей гражданина. Бываютъ, однако, случаи, когда состояніе безподданства оказывается стѣснительнымъ для индивида въ международномъ оборотѣ. Въ печати въ свое время сообщалось о тѣхъ мытарствахъ, которыя пришлось пережить, въ 80-хъ гг., партіи русскихъ эмигрантовъ - евреевъ, вернувшихся въ Европу послѣ неудачной попытки водвориться въ Соединенныхъ Штатахъ.

Добравшись до Германіи, эмигранты оказались безъ всякихъ средствъ. Германія потребовала,чтобы Россія взяла на себя ихъ содержаніе и впустила ихъ въ свои предѣлы. Россія,ссылаясь на то,что они получили увольненіе изъ подданства и, слѣдовательно, являются иностранцами, отказала и въ томъ, и въ другомъ. Дѣло кончилось тѣмъ,что Германское правительство довезло эмигрантовъ до русской границы и оставило здѣсь на произволъ судьбы. Послѣ долгихъ колебаній, русскому правительству пришлось все-таки водворить ихъ на мѣсто ихъ прежняго жительства.

Нетрудно себѣ представить въ какомъ положеніи оказываются часто безподданные въ восточныхъ государствахъ, лишенные какой бы то ни было дипломатической защиты.

Таковы отрицательныя послѣдствія двуподданства и безподданства съ точки зрѣнія публично-правовой. Не менѣе,- а по мнѣнію нѣкоторыхъ международниковъ, напримѣръ, v. Bar'a, даже болѣе важны отрицательныя послѣдствія этого явленія съ точки

---

*) *Законъ 12 февраля 1851 г. ст. 1; законъ 16 декабря 1874 г. такъ называемый законъ* des Rotours, *по имени депутата сѣвернаго департамента, особенно настойчиво боровшагося противъ безподданства; наконецъ, законъ 26 іюня 1889 г. (ст. 8, въ новой редакціи).*

зрѣнія отношенія между индивидами въ сферѣ международнаго оборота*).

Какъ извѣстно, подъ частнымъ международнымъ правомъ понимается совокупность, такъ называемыхъ *конфликтныхъ* нормъ, т.е. нормъ, опредѣляющихъ, чьимъ правомъ регулируется отношеніе, возникающее въ международномъ оборотѣ. Въ зависимости отъ характера правоотношенія такимъ правомъ является то законъ мѣстожительства договаривающихся сторонъ, то ихъ національный законъ, то законъ мѣста нахожденія недвижимости, то законъ мѣста заключенія сдѣлки и т.д., и т.д.

До начала настоящаго столѣтія закономъ, опредѣлявшимъ, такъ называемый, личный статутъ индивида, т.е. его дѣеспособность, семейное и наслѣдственное право, являлся, по общему правилу, законъ мѣстожительства (домициля). При сравнительной малоподвижности населенія, съ одной стороны и при чисто случайномъ разноплеменномъ составѣ государства, съ другой,- такой порядокъ вещей представлялся совершенно естественнымъ и раціональнымъ. Законъ домициля, по общему правилу и въ огромномъ большинствѣ случаевъ, дѣйствительно, являлся *роднымъ* закономъ лица: люди умирали подъ тѣмъ самымъ небомъ, подъ которымъ родились. Наоборотъ, національный законъ, или, точнѣе, законъ того государства, подданнымъ котораго являлся индивидъ,- сплошь и рядомъ былъ для него закономъ *чужимъ*,- такъ сказать, не для него написаннымъ. Въ государствѣ, сшитомъ бѣлыми нитками изъ лоскутковъ различныхъ чуждыхъ другъ другу національностей, общегосударственный законъ, опредѣляя личный статутъ подданнаго, несомнѣнно оказался бы чуждымъ обычаямъ, жизненнымъ условіямъ, правовымъ воззрѣніямъ большинства образующихъ государство національностей. Да и не было почти такихъ общегосударственныхъ законовъ: каждая мѣстность, каждая народность хранила свое мѣстное обычное право, естественно сложившееся, сшитое по мѣркѣ. Само собой понятно, что при такихъ условіяхъ личный статутъ индивида опредѣлялся и долженъ былъ опредѣляться не національнымъ закономъ его, а закономъ мѣстожительства,- легальнаго домициля.

Времена измѣнились. Въ настоящее время при необычайномъ

---

*) *Мартенсъ. Современное международное право. (Изд. 1896 года) т. II, стр. 285 и сл.* Asser-Rivier, Elements *стр. 40 и сл.* Bulmerincq, Volkerrecht у Marquardsen'a (Handbuch) *I. II, 2, стр. 211 и сл.* (Andre Weiss, Traite elementaire de dr. int.

развитіи международнаго торговаго оборота, при подвижности населенія культурныхъ государствъ, мѣстожительство лица имѣетъ весьма часто совершенно случайный и непостоянный характеръ. И теперь сравнительно немного людей мѣняетъ подданство, но очень и очень многіе переносятъ свое мѣстожительство, и даже не разъ, а нѣсколько разъ въ теченіе жизни, изъ одного государства въ другое. При такихъ условіяхъ нѣтъ никакого основанія справѣлять личный статутъ индивида закономъ его мѣстожительства. Бельгійскій инженеръ не перестаетъ быть бельгійцемъ только потому, что получивъ концессію на постройку желѣзной дороги, онъ переѣхалъ на нѣсколько лѣтъ въ Россію. Мало того, въ настоящее время есть множество людей, не имѣющихъ постояннаго мѣста жительства, или имѣющихъ нѣсколько мѣстожительствъ.-Коммивояжеръ живетъ въ вагонѣ желѣзной дороги. Одно и то же лицо можетъ находиться на государственной службѣ въ одномъ государствѣ и имѣть заводы и фабрики въ другомъ, и т.д. и т.д.

Съ другой стороны, современное государство, по крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ, является болѣе или менѣе однороднымъ, одноплеменнымъ, органически-единымъ цѣлымъ. Каждое государство имѣетъ свой общій гражданскій кодексъ, соотвѣтствующій какъ физическимъ условіямъ самого государства, такъ и правовымъ воззрѣніямъ народа. Потому, личный статутъ индивида въ настоящее время долженъ опредѣляться, и, дѣйствительно, въ большинствѣ странъ опредѣляется не закономъ его мѣстожительства, а закономъ національности (въ государственномъ смыслѣ слова), къ которой онъ принадлежитъ.

Принципъ національности въ опредѣленіи личнаго статута впервые провозглашенъ былъ наполеоновскимъ кодексомъ (Fronchet); въ настоящее время, кромѣ Франціи, его держатся Бельгія, Голландія, Италія, Швеція, южныя государства Германіи и др. Наоборотъ, законъ мѣстожительства примѣняется въ остальной Германіи (особенно въ Пруссіи), отчасти въ Австріи,*) въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ. Теорія частнаго международнаго права безусловно склоняется въ пользу національнаго закона. Кромѣ итальянской школы, во главѣ съ знаменитымъ Mancini, за него высказываются изъ нѣмцевъ L. v. Bar., Mommsen, Heffter; изъ французовъ - Rivier, Andre Weiss; изъ бельгійцевъ - Laurent,

---

prur, 2 ed, *стр. 240 и сл.*

*) *Личныя права австрійцевъ заграницей опредѣляются на основаніи національнаго зак. (гр. ул. 1811 г. п. 4 наоборотъ, личныя права иностр. въ Австр. - на основ. зак. домициля).*

изъ голландцевъ Asser; изъ русскихъ проф. Мартенсъ; изъ англичанъ Dicey и т.д. На Оксфордской сессіи 1880 года за него высказался Институтъ международнаго права. Наконецъ, 18-мъ съѣздомъ нѣмецкихъ юристовъ (въ Висбаденѣ), также выражено было желаніе, чтобы при разрѣшеніи конфликтовъ въ области частнаго права всегда отдавалось предпочтеніе національному закону предъ закономъ домициля*).

Если, тѣмъ не менѣе, и въ настоящее время законодательство и практика нѣкоторыхъ законодательствъ, а также и немногіе юристы, напримѣръ, Demangeat, высказываются въ пользу закона мѣстожительства и противъ національнаго закона, то это объясняется тѣмъ, что и національный законъ, вслѣдствіе возможности двуподданства и безподданства, не имѣетъ той опредѣленности и того постоянства, какія необходимы для закона, опредѣляющаго личный статутъ индивида.

А между тѣмъ, установленіе единообразной международной практики по вопросу объ опредѣленіи личнаго статута иностранцевъ является цѣлью, достиженіе которой въ одинаковой мѣрѣ необходимо для всѣхъ безъ исключенія государствъ: ибо только при этомъ условіи можетъ идти рѣчь о частномъ международномъ правѣ, не какъ о школьной системѣ того или иного ученаго, а какъ о реальномъ, положительномъ правѣ, объединяющемъ цивилизованный міръ; только при этомъ условіи международныя сношенія получатъ ту опредѣленность и прочность, которая дается правомъ и разрушается произволомъ и случайностью.

Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ уже и въ настоящее время личный статутъ иностранца опредѣляется его національнымъ закономъ — а такихъ большинство — явленіе безподданства и двуподданства широко открываетъ дверь всевозможнымъ злоупотребленіямъ и часто дѣлаетъ невозможной или недостаточной судебную защиту пріобрѣтенныхъ правъ.

Таковы чрезвычайно нежелательныя послѣдствія юридической аномаліи, именуемой состояніемъ двуподданства и безпод-

---

*) *Краснорѣчивый примѣръ злоупотребленій, совершаемыхъ подъ прикрытіемъ состоянія въ двуподданствѣ, смотри въ ст.* E.Lehr'a. Du droit de se prévaloir d'une double nationalité et des limites de ce droit. Revue de dr.inter.t.XII *1880 г. р. 302 и сл.*

ганства.

Естественно возникаетъ вопросъ, какимъ образомъ эта аномалія можетъ быть изъ современнаго права устранена? Нельзя, разумѣется, отрицать того, что, путемъ усовершенствованія своего національнаго законодательства, каждое въ отдѣльности государство можетъ въ разсматриваемомъ отношеніи добиться немаловажныхъ результатовъ.

Такъ, напримѣръ, случаи двуподданства, несомнѣнно, становятся рѣже и рѣже благодаря усвоенію многими законодательствами, не только Стараго, но и Новаго свѣта, такъ называемаго, французскаго принципа, согласно которому натурализація въ иностранномъ государствѣ влечетъ за собою прекращеніе первоначальнаго подданства. Въ такой же мѣрѣ сократились бы случаи безподданства, если бы, по примѣру нѣкоторыхъ государствъ, всѣ государства усвоили себѣ другой принципъ, согласно которому выходъ изъ подданства признается окончательнымъ *только* съ момента вступленія лица въ другое подданство.

Необходимо, однако, признать, что до тѣхъ поръ, пока законодательства различныхъ государствъ опредѣляютъ самымъ различнымъ образомъ способы установленія и прекращенія подданства, явленіе двуподданства и безподданства по самому существу своему неустранимо. Какъ бы ни стремилось отдѣльное государство къ усовершенствованію своего законодательства о подданствѣ, это стремленіе не можетъ привести къ положительнымъ результатамъ до тѣхъ поръ, пока не послѣдуетъ соотвѣтственнаго усовершенствованія законодательства другихъ государствъ. Такъ, напримѣръ, каждое государство, разумѣется, можетъ предоставить своему подданному право на выходъ изъ подданства путемъ натурализаціи въ другомъ государствѣ; но ни одно государство не откажется отъ подданнаго, оставшагося ему вѣрнымъ, только потому, что другому государству заблагоразсудилось объявить его, противъ его воли и безъ его согласія, по той или другой причинѣ, напримѣръ, фактомъ презумптивной ассимиляціи, своимъ подданнымъ.

Отсюда выводъ: устраненіе двуподданства и безподданства можетъ быть достигнуто единственно путемъ международныхъ соглашеній.

На этотъ путь давно уже стали современныя государства. Въ ряду договоровъ, имѣющихъ цѣлью предупрежденіе случаевъ дву-

подданства и безподданства, первое мѣсто занимаютъ договоры, заключенные въ концѣ 60-хъ гг. Сѣверо-Американскими Соединенными Штатами съ нѣкоторыми европейскими государствами, называемые по имени ихъ иниціатора, американскаго дипломата, Банкрофтскими договорами (Bancroft Verträge). Среди многочисленныхъ эмигрантовъ изъ Пруссіи въ Соединенные Штаты всегда находилось большое число молодыхъ людей еще не отбывшихъ воинской повинности, эмигрирующихъ безъ предварительнаго увольненія изъ прусскаго подданства. Въ тѣхъ случаяхъ, когда эти молодые люди, получивъ натурализацію въ Соединенныхъ Штатахъ, возвращались, хотя бы для временнаго пребыванія, въ Пруссію, они, разумѣется, разсматривались здѣсь, какъ мѣстные подданные и потому, по отбытіи наказанія за дезертирство, привлекались къ отбытію воинской повинности. Такое отношеніе прусскаго правительства къ сѣверо-американскимъ гражданамъ всегда вызывало рѣшительный протестъ со стороны правительства Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ; къ концу 50-хъ гг. оно послужило поводомъ къ многолѣтней дипломатической войнѣ между заинтересованными державами, закончившейся договоромъ 23 февраля 1868 г. между Соединенными Штатами и Сѣверо-Германскимъ Союзомъ. Согласно статьѣ 1 этого договора, подданные Сѣверо-Германскаго Союза, натурализованные въ Соединенныхъ Штатахъ и прожившіе въ нихъ непрерывно пять лѣтъ, должны быть разсматриваемы въ Сѣверо-Германскомъ Союзѣ, какъ американскіе граждане; сообразно съ этимъ, согласно ст.2 договора, по возвращеніи въ Пруссію они не могутъ быть привлекаемы къ отвѣтственности за уклоненіе отъ отбыванія воинской повинности*).

Ту же цѣль устраненія двуподданства преслѣдуетъ договоръ между Германской имперіей и Австріей 1876 г. согласно которому подданные одного изъ договаривающихся государствъ не могутъ быть принимаемы въ подданство другого, прежде чѣмъ они не докажутъ своего увольненія изъ первоначальнаго подданства. Вполнѣ аналогиченъ по содержанію договоръ между Австрі-

---

*) *Аналогичные договоры заключены были Банкрофтомъ въ теченіе того же года съ южно-германскими государствами: Баваріей (26 мая), Баденомъ (19 іюля), Вюртенбергомъ (27 іюля) и Гессеномъ (1 августа). Сравн. также договоръ между Сѣверо-Американск. Соединен. Штатами и Австріей 20 сентября 1870 г. ст.1,2.*

ей и Сербіей 16 іюня 1882 года*).

Какъ выше указано, устраненіе подданства по началу презумптивной ассимиляціи, практикуемое въ широкихъ размѣрахъ во Франціи, имѣетъ своимъ необходимымъ послѣдствіемъ возникновеніе многочисленныхъ случаевъ двуподданства. Въ устраненіе серьезныхъ неудобствъ, связанныхъ съ состояніемъ двуподданства, Франція 31 декабря 1891 г. заключаетъ договоръ съ Бельгіей, согласно которому лица, имѣющія право во Франціи на репудіацію подданства въ теченіи года по достиженіи совершеннолѣтія, а въ Бельгіи - на декларативное вступленіе въ подданство въ теченіе того же срока, - должны быть привлекаемы къ отбытію воинской повинности во Франціи и Бельгіи не раньше, какъ по достиженіи 22-хъ лѣтняго возраста**).

Наконецъ, во избѣжаніе международныхъ конфликтовъ, возникающихъ на почвѣ двуподданства, нѣкоторыя государства вступаютъ между собою въ договорныя соглашенія, обязывающія каждую изъ договаривающихся сторонъ признавать за другою стороною право опредѣлять въ предѣлахъ своей территоріи подданство лица, сообразно своимъ мѣстнымъ законамъ. Поэтому каждое такое государство отказываетъ тѣмъ своимъ подданнымъ, которые являются въ то же время подданными другого государства, въ дипломатической защитѣ по отношенію къ послѣднему***).

---

*) *Сравн. договоры между Германіей и Персіей 11 іюня 1873 года ст. 17; между Германіей и Марокко 3 іюля 1880 г. ст. 15.*

**) *Сравни также договоры между Франціей и Испаніей 7 января 1862 г. ст. 7; договоры между Франціей и Швейцаріей 23 іюля 1879 г., ст. 1 и итак. др.*

***) *Сюда относятся многочисленные договоры, заключенные Испаніей съ Южно-Американскими государствами; съ Эквадоромъ (1840 г.), Чили (23 апреля 1844 г.), Венецуэлой (30 марта 1845), Боливіей (21 іюня 1847 г.), Коста-Рикой (10 мая 1850 г.) и Никарагуа (25 іюля 1850 г.). Практики, установленной упомянутыми трактатами, всегда придерживалась Англія и Соединенные Штаты относительно лицъ, являющихся двуподданными отъ рожденія, вслѣдствіе комбинаціи кровнаго и территоріальнаго начала, допускаемой упомянутыми странами. Равнымъ образомъ, Германія на практикѣ держится того же правила: если иностранецъ, натурализованный въ Германіи, не освободился отъ подданнической связи съ*

Само собой понятно, что частныя соглашенія, о которыхъ идетъ рѣчь, до нѣкоторой степени смягчаютъ серьезныя неудобства, необходимо сопряженныя съ состояніемъ двуподданства и безподданства. Однако, совершенное устраненіе этого аномальнаго состоянія не можетъ быть достигнуто иначе, какъ путемъ универсальнаго международнаго соглашенія между всѣми государствами, входящими въ составъ международнаго общества. Предметомъ такого соглашенія не можетъ быть, разумѣется, *унификація* національныхъ законодательствъ о подданствѣ. Каждое государство, опредѣляя способъ установленія и прекращенія подданства, не можетъ не считаться съ условіями, національными, политическими и бытовыми, своего индивидуальнаго существованія. Вполнѣ естественно, что способы установленія подданства въ малонаселенныхъ южно-американскихъ федераціяхъ существенно отличаются отъ способовъ установленія подданства въ населенныхъ государствахъ Западной Европы. Предметомъ международнаго соглашенія должно быть установленіе основныхъ началъ, равно обязательныхъ для всѣхъ государствъ, - установленіе такихъ началъ, которыми устранялась бы возможность возникновенія неразрѣшимыхъ конфликтовъ національныхъ законодательствъ о подданствѣ.

Эти начала могутъ быть формулированы слѣдующимъ образомъ:

1) Установленіе подданства фактомъ рожденія во всѣхъ государствахъ должно быть основано на кровномъ, а не на территоріальномъ началѣ. Jure soli опредѣляется подданство внѣбрачныхъ дѣтей, родители которыхъ легально неизвѣстны. Путемъ легализаціи per subsequens matrimonium внѣбрачный ребенокъ пріобрѣтаетъ подданство отца.

2) Натурализація подданнаго въ иностранномъ государствѣ, а равно декларативное вступленіе его въ иностранное подданство влечетъ за собою ipso facto утрату первоначальнаго подданства. Необходимымъ условіемъ натурализаціи иностранца является его совершеннолѣтіе по закону государства, подданнымъ котораго онъ является.

его прежнимъ отечествомъ, то въ его отношеніяхъ къ послѣднему Германія принципіально отказываетъ ему въ дипломатической защитѣ (см. v.Bodmann, l.c. *стр. 378).*

3) Принудительное установленіе подданства ex lege допускается:

A) По началу *единства семьи*, и

B) По началу *презумптивной ассимиляціи*.

A) По началу единства семьи становятся подданными:

a) Иностранка, вышедшая замужъ за подданнаго;

b) Жена и несовершеннолѣтнія дѣти натурализованнаго иностранца, если они живутъ при главѣ семьи.

И въ томъ и въ другомъ случаѣ пріобрѣтеніе иностраннаго подданства влечетъ за собой ipso facto утрату первоначальнаго подданства.

B) По началу презумптивной ассимиляціи включеніе иностранца въ число подданныхъ допускается только въ томъ случаѣ, если этимъ иностранцемъ утрачено его первоначальное подданство.

4) Принудительное лишеніе подданства ни въ коемъ случаѣ не должно имѣть характера карательной мѣры.

5) Лицо, утратившее свое первоначальное подданство, но не вступившее въ другое, не можетъ быть выслано изъ предѣловъ своего прежняго отечества, а равно должно быть имъ принято въ случаѣ возвращенія на родину.

Фактомъ своего водворенія на родинѣ такое лицо возвращается въ свое первоначальное подданство.

Глава V.

УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ.

I.

Волунтарная теорія государственной власти.

Государственная власть - есть власть *воли*, господствующей надъ подвластными ей.

Еще не такъ давно положеніе это являлось аксіомой публичнаго права: оно не нуждалось въ доказательствахъ и никѣмъ не доказывалось.

И теперь еще въ нѣмецкой литературѣ публичнаго права, по-

святившей такъ много труда и вниманія выясненію юридической конструкціи государства, не возникаетъ сомнѣнія въ *волунтарномъ характерѣ государственной власти*. Правда, отъ времени до времени подымаются голоса противъ *волунтарной теоріи государства:* власть, которая существуетъ въ государствѣ приписывается не волѣ самого государства, а волѣ тѣхъ или иныхъ физическихъ лицъ, его образующихъ, но, во всякомъ случаѣ, она приписывается *волѣ*, - и только ей.

Поэтому теорія проф. Коркунова, отрицающая волунтарный характеръ государственной власти, какъ таковой является оригинальной, въ самомъ безусловномъ смыслѣ этого слова. Для своего сочиненія "Указъ и законъ" - проф. Коркуновъ могъ бы избрать эпиграфомъ слова Фейербаха: "nulli me municipavi, nullius nomen fevo".

Профессоръ Коркуновъ исходитъ изъ того положенія, что явленія государственнаго властвованія не поддаются объясненію не только какъ проявленія *единой* воли (т.е. воли самого государства), но и вообще, какъ проявленіе *воли**). Государственная власть - не воля**), волевая гипотеза власти должна быть отвергнута***). Понятіе власти,- говоритъ онъ, отнюдь не предполагаетъ необходимо наличность властвующей воли****). Бываетъ, что властвуетъ надъ человѣкомъ и воля, но далеко не всякое властвованіе предполагаетъ направленную на то волю властвующаго. Такъ, напримѣръ, нерѣдко человѣкъ*****) властвуетъ надъ другими обаяніемъ святости, геніальнаго ума, художественнаго таланта, чарующей красоты и т.д., помимо, или даже, быть можетъ, противъ своей воли. Идея, или воображаемое божество, не имѣя воли, могутъ, однако, имѣть надъ людьми огромную власть.

Такимъ образомъ, существуетъ два вида властвованія: вла-

---

*) *"Указъ и Законъ" стр. 182.*

**) Ibid; *"если бы государственная власть, дѣйствительно, была волей....." Сравн. стр. 182: - "власть государства не есть, конечно, воля".*

***) ib., *стр. 178.*

****) *"Указъ и Законъ", стр. 178.*

*****) *Стр. 179.*

*) ib *стр. 170.*

ствованіе воли и властвованіе, несмотря на отсутствіе властвующей воли. Оба эти вида отчетливо различаются проф.Коркуновымъ. Властвованіе, какъ проявленіе воли,- говоритъ онъ, выражается въ *велѣніяхъ**); конечно, о велѣніяхъ не можетъ быть и рѣчи при властвованіи идеи, аскета или воображаемаго божества.

Очевидно, для того, чтобы доказать, что государственная власть не есть властвованіе воли, проф. Коркуновъ долженъ бы, оставаясь вѣрнымъ самому себѣ, прежде всего доказать, что эта власть проявляется въ какихъ угодно формахъ *но только не въ велѣніяхъ*, ибо въ велѣніяхъ, какъ онъ самъ утверждаетъ, выражается властвованіе воли.

Этого, однако, не дѣлаетъ проф. Коркуновъ; правда, во многихъ мѣстахъ своей книги онъ повторяетъ, что властвованіе государства выражается *не только, не всегда* въ велѣніяхъ**) , но нигдѣ онъ не говоритъ, что государственная власть не выражается и *не можетъ выражаться* въ велѣніяхъ вовсе. Но въ такомъ случаѣ, если даже и признать, вмѣстѣ съ проф. Коркуновымъ, что государственная власть выражается не только и не всегда въ велѣніяхъ, казалось бы, это нисколько не подорветъ волунтарной теоріи государственной власти.

Но можетъ быть, моментъ воли, хотя и присущъ понятію государственной власти, не составляетъ, однако, essentiale его; можетъ быть, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ государственная власть и является господствующей волей, однако, мыслима и возможна государственная власть, лишенная воли?

Такъ, повидимому, думаетъ проф. Коркуновъ. Моментъ воли,- говоритъ онъ, ярче всего проявляется въ законодательствѣ***) . Наоборотъ, судъ и управленіе, по преимуществу, осуществляютъ волю, выражающуюся въ законѣ. Для идеальнаго безпристрастнаго судебнаго рѣшенія требуется только умозаключеніе, а не актъ во-

---

*) ib, *стр. 170.*

**) ib, *стр. 170.*

***) ib, *стр. 162. Въ другомъ мѣстѣ (Лекція по общей теоріи права, стр. 120) Коркуновъ различаетъ законы отъ юридическихъ обычаевъ, причемъ, только послѣдніе, по его мнѣнію, не представляются актами повелѣвающей воли. Остается, однако, непонятнымъ какимъ образомъ законъ можетъ быть актомъ повелѣвающей воли, если государственная власть - не воля...*

ли. Точно также можно себѣ представить, и даже бывает въ дѣйствительности, что акты управленія сводятся къ чисто пассивному исполненію велѣній законодателя. Поэтому, если бы государственная власть дѣйствительно была волей, законодательство должно бы составлять самую основную и необходимую функцію государственнаго властвованія. Между тѣмъ, въ древнихъ государствахъ и въ эпоху господства обычнаго права, единственной функціей власти являлось отправленіе правосудія. И въ современныхъ государствахъ отнюдь не наблюдается полное господство во всемъ воли законодателя: толкованіе закона, которымъ опредѣляется дѣйствительное значеніе его, есть, и въ интересахъ законности должно быть, функціей правительственной власти; вслѣдствіе чего даже и при господствѣ закона не всегда и не безусловно проявляется господство тѣхъ, кто издаетъ законъ. Во всякомъ случаѣ, и въ настоящее время къ одному законодательству нельзя свести всѣхъ проявленій властвованія; во многихъ изъ нихъ совершенно отсутствуетъ элементъ властвующей воли*).

Вышеприведенную аргументацію можно бы признать до нѣкоторой степени убѣдительной только въ томъ случаѣ, если допустить, что выразительницей государственной воли является исключительно и только законодательная власть; власти же правительственная и судебная суть не что иное, какъ пассивныя исполнительницы воли, выражающейся въ законѣ. Въ дѣйствительности, подобное предположеніе оказывается безусловно недопустимымъ. Для того, чтобы доказать, что съ точки зрѣнія послѣдовательныхъ представителей волевой теоріи власти *только* въ законодательствѣ проявляется властвующая воля, проф. Коркуновъ оказывается вынужденнымъ вернуться къ Руссо и къ Монтескье. *Никто* изъ современныхъ представителей волевой теоріи не отождествляетъ воли государства съ волей законодательной власти; никто не считаетъ правительственной власти пассивной исполнительницей закона. Это прекрасно сознаетъ и самъ проф. Коркуновъ. Если въ современной литературѣ, говоритъ онъ, удерживается по старому названіе исполнительной власти, то ему придаютъ уже другое значеніе. Исполнительная власть признается исполнительницей не законовъ только, а вообще задачъ государ-

---

*) ib., *стр. 162-170.*

ственной власти*). Проф. Коркуновъ пользуется, главнымъ образомъ, аргументами Іеллинека, одного изъ наиболѣе выдающихся представителей волунтарной теоріи, для того, чтобы доказать невозможность чисто-пассивной роли исполнительной власти. Какъ жизнь человѣка, такъ и жизнь государства, говоритъ Іеллинекъ, заключается въ совокупности дѣйствій его органовъ, а отнюдь не въ установленіи и исполненіи абстрактныхъ правилъ**). Лабандъ неопровержимо доказываетъ, что правительственная дѣятельность есть свободная - въ предѣлахъ закона - дѣятельность воли направленная къ свободно поставленной цѣли***).

И точно также напрасно думаетъ проф. Коркуновъ, что безпристрастное судебное рѣшеніе есть только умозаключеніе, а не актъ воли. Каждое судебное рѣшеніе предполагаетъ два элемента - теоретическій и практическій. Теоретическій элементъ - установленіе границы между правовыми сферами сторонъ,- является, дѣйствительно, умозаключеніемъ, и только. Но практическій элементъ - приказъ соблюдать эту границу - есть *велѣніе*, выраженіе государственной власти, какъ господствующей надъ сторонами, верховной воли****). И въ законѣ, и въ правительственномъ распоряженіи, въ одинаковой степени выражается imperium, т.е. государственная власть, какъ воля. Если представить себѣ государство, въ которомъ вовсе не существуетъ законодательной власти,- въ такомъ государствѣ каждый актъ государственной, т.е. правительственной или судебной власти будетъ *велѣніемъ*, т.е. актомъ воли.

Таково главное соображеніе, приводимое проф. Коркуновымъ въ опроверженіе волунтарной теоріи государственной власти; другія соображенія его представляются въ такой же мѣрѣ неубѣдительными. Такъ, напримѣръ, чтобы доказать, что воля - не является существеннымъ моментомъ въ понятіи государственной

---

*) *м.с., стр. 30.*

**) Iellinek. Gesetz und Verordnung. §370.

***) Laband. Das Staatsrecht, *I стр. 671 и сл.*

****) Merkel. Juristsche Encyklopädie *п.15 и затѣмъ п.п. 24-41 и 42-59.*

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". проф. В.М.Гессенъ.

Изданіе Кассы Взаимопом. Студ. СПБ. Политехнич. Института.
Литографія Трофимова, Мохайская, 3. Л.11.

власти, проф. Коркуновъ указываетъ на различіе, существующее между подданнымъ и иностранцемъ. Въ то время, какъ иностранецъ пассивно исполняетъ обращенныя къ нему велѣнія государства, подданный сознаетъ надъ собою власть государства и тогда, когда никакихъ велѣній органовъ государственной власти къ нему не обращено. Подданный чувствуетъ заграницей связь съ своей родиной еще тѣснѣе и живѣе, чѣмъ дома. Въ критическія минуты жизни государства, когда существующіе органы власти обнаруживаютъ полное безсиліе и распаденіе, нерѣдко народъ, не понуждаемый ничьими велѣніями, напрягаетъ свои послѣднія силы и цѣною тяжелыхъ жертвъ спасаетъ свое государство, возрождая его къ новой жизни. Подданные даютъ государству гораздо больше простого исполненія велѣній, они сами идутъ навстрѣчу его требованіямъ; активно и по собственной иниціативѣ поддерживаютъ его могущество, содѣйствуя его развитію - и ко всему этому, они признаютъ себя обязанными, видятъ въ этомъ свой гражданскій долгъ.

Все это, разумѣется, вѣрно. Здѣсь, очевидно, проф. Коркуновъ говоритъ о *патріотизмѣ* и никто не станетъ отрицать, что патріотизмъ, въ истинномъ значеніи этого слова, является огромной политической силой, безъ которой невозможно самое существованіе государства. Трудно, однако, понять, какое отношеніе имѣетъ патріотизмъ къ вопросу, о которомъ въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь.

Патріотизмъ, т.е. любовь къ отечеству, подобно любви къ ближнему, всецѣло относится къ области морали; только повиновеніе законодательнымъ велѣніямъ государственной власти является юридической категоріей государственнаго права. Конечно, какъ справедливо говоритъ Іеллинекъ, однимъ повиновеніемъ не исчерпывается все отношеніе между индивидомъ и государствомъ. Но наука права и не можетъ охватить это отношеніе въ его цѣлости; она изучаетъ государство лишь съ одной юридической стороны; изученіе другихъ сторонъ государственной жизни - дѣло другихъ наукъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что патріотизмъ - жизненный элементъ всякаго здороваго государства; но въ какую безцвѣтную юридическую формулу можно вмѣстить патріотизмъ? **)

---

*) *Стр. 170-171.* **) Iellinek. System der subjectiven offentlichen Rechte, *стр. 187; ср также стр. 18.*

Если, дѣйствительно, патріотизмъ является юридической категоріей, если онъ квалифицируетъ подданнаго въ отличіе отъ иностранца, почему же онъ не нашелъ себѣ мѣста въ системѣ Русскаго Государственнаго права самого проф. Коркунова?

Позволяемъ себѣ думать, что сказаннаго вполнѣ достаточно для того, чтобы признать опроверженіе волунтарной теоріи власти проф. Коркуновымъ не убѣдительнымъ. Намъ предстоитъ теперь доказать, что пытаясь создать свою собственную теорію государственной власти, проф. Коркуновъ незамѣтно для самого себя приходитъ къ той же, только что отвергнутой имъ волунтарной теоріи.

Какъ намъ уже извѣстно, проф. Коркуновъ, ссылаясь на аскетовъ, художниковъ, красавицъ, воображаемое божество и т.д., указываетъ на тотъ фактъ, что властвованіе не предполагаетъ непремѣнно и властвующую волю. Властвованіе предполагаетъ сознаніе не съ активной стороны властвующаго, а съ пассивной стороны, со стороны подвластнаго. Для властвованія требуется только сознаніе зависимости, а не реальность ея. Нѣтъ никакихъ основаній ограничивать понятіе властвованія лишь тѣми случаями, когда и на сторонѣ властвующаго имѣется воля, направленная на властвованіе. Подобное ограниченіе приводитъ къ разъединенію совершенно однородныхъ явленій, такъ какъ отсутствіе или наличность воли со стороны властвующаго ни въ чемъ не измѣняетъ характера условій подчиненія ему подвластнаго. Власть есть сила, обусловленная не волей властвующаго, а сознаніемъ подвластнаго. Государство можетъ властвовать, не обладая ни волей, ни сознаніемъ, только бы составляющіе его люди сознавали себя зависимыми отъ государства. *Причину, производящую воздѣйствіе государства на составляющихъ его индивидовъ мы мыслимъ, какъ особую силу, и называемъ ее, (т.е. эту причину) государственной властью. Государственная власть - это сила, вытекающая изъ сознанія гражданами ихъ зависимости отъ государства**).

Такова теорія проф. Коркунова, изложенная его же словами.

Прежде всего, мы никакъ не можемъ согласиться съ тѣмъ, что сознаніе гражданами ихъ зависимости отъ государства является *причиной* воздѣйствія государства на гражданъ, мы полагаемъ, что о причинѣ въ истинно-научномъ словѣ этого слова въ данномъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи.

---

*) *Коркуновъ, н.с. стр. 178-182.*

Какъ извѣстно, Аристотель различаетъ слѣдующія четыре категоріи причинъ: матеріальную причину, или субстанцію (ὑποκειμενον), формальную причину, или идею (το τι ἦν εἶναι), активную причину, или творческое начало (ἀρχη τῆς κινησεως) и конечную причину, или цѣль (τὸ τοῦ ἕνεκα και ταγαθόν).

Само собою разумѣется, что сознаніе подданнымъ своей зависимости отъ государства, какъ причина, можетъ относиться лишь къ той категоріи, которую Аристотель называетъ *субстанціей* вещи: это сознаніе является въ томъ же смыслѣ причиной воздѣйствія государственной власти, въ какомъ мраморъ является причиной статуи. Во всякомъ случаѣ, активной причиной (αρτη της κινησεως ,causa efficiens) назвать его ни въ какомъ случаѣ нельзя. А между тѣмъ, какъ извѣстно, исключительно за активной причиной современная наука удерживаетъ названіе причины, вообще.

Въ своей логикѣ Вундъ справедливо указываетъ, что понятіе причинности непримѣнимо къ внѣшнимъ объектамъ до тѣхъ поръ, пока они остаются неизмѣнными въ пространствѣ и времени. Измѣненіе - необходимое условіе причинности: понятіе это относится не къ предметамъ, а къ событіямъ (diese bezieht sich nicht ; Dinge, sondern auf Ereignisse). Только въ томъ случаѣ можно говорить о причинности, если и причина и слѣдствіе являются событіемъ,- перемѣной, совершающейся въ пространствѣ и времени*). Съ этой точки зрѣнія сознаніе зависимости отъ государства ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть *причиной* воздѣйствія государственной власти на подданнаго; ибо оно есть *постоянное состояніе*, а не возникающая и исчезающая сила. Само по себѣ сознаніе зависимости никакихъ измѣненій, разумѣется, вызвать не можетъ. Для того, чтобы такія измѣненія произошли,- такъ, напримѣръ, для того, чтобы возникло конкретное воздѣйствіе государства на подданнаго,- одного сознанія подданнымъ своей зависимости отъ государства еще мало; для этого необходимо привхожденіе извѣстнаго событія,- въ данномъ случаѣ, велѣнія государственной власти. Это велѣніе, т.е. актъ воли, и является единственной причиной воздѣйствія государства на подданнаго. Называя причиной этого воздѣйствія сознаніе зависимости, проф. Коркуновъ, очевид-

---

*) Wundt, Logik, 2 Aufl Bd *I, стр. 596.*

но, отождествляетъ причину извѣстнаго явленія съ необходимымъ условіемъ возникновенія его. Если я брошу съ высоты камень, то земля, или предполагаемая въ ней притягательная сила, является не причиной паденія, а лишь необходимымъ условіемъ его. Причина паденія заключается въ томъ, что я поднялъ камень на извѣстную высоту, а затѣмъ выпустилъ его изъ рукъ. Сознаніе подданнымъ своей зависимости отъ государства относится къ воздѣйствію государственной власти на подданнаго, въ лучшемъ случаѣ, такъ же, какъ притяженіе земли - къ паденію камня.

Допустимъ, однако, что дѣйствительно власть есть сила, обусловленная сознаніемъ зависимости подвластнаго. Во всякомъ случаѣ, само собою очевидно, что опредѣленіе это относится къ власти, какъ къ родовому понятію, объемлющему видовыя понятія волевой власти и власти безвольной; подъ него одинаково подойдутъ, какъ власть воображаемаго божества надъ вѣрующими, такъ точно и власть плантатора надъ своими рабами. Поэтому, называя государственную власть силой, вытекающей изъ сознанія своей зависимости подвластными, проф. Коркуновъ отнюдь не предрѣшаетъ вопроса о волунтарной природѣ этой власти.

Пусть государственная власть будетъ той силой, о которой говоритъ проф. Коркуновъ, но вѣдь чѣмъ-нибудь она отличается отъ власти аскета или воображаемаго божества. Казалось бы, для опредѣленія государственной власти, прежде всего, необходимо указать principium individuationis ея, т.е. тотъ признакъ, какимъ она отличается отъ другихъ властей.

И дѣйствительно, проф. Коркуновъ указываетъ этотъ признакъ, хотя и не включаетъ его въ опредѣленіе государственной власти.

Отличительная особенность государства, - говоритъ онъ, заключается въ *принудительномъ* характерѣ ея власти*). Этими словами теорія проф. Коркунова отрицаетъ самое себя. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ же заключается принудительный характеръ государственной власти, если не въ томъ, что она воздѣйствуетъ на подданныхъ путемъ авторитетныхъ *велѣній*, обязательныхъ для нихъ, каково бы ни было ихъ отношеніе къ государственной власти, вообще, а къ данному велѣнію этой власти, въ частности?" А вѣдь, какъ намъ уже извѣстно, по словамъ самого проф. Коркунова, въ велѣніяхъ проявляется властвованіе, какъ проявленіе воли. Признавая *отличительнымъ* признакомъ го-

---

*) *Коркуновъ, н.с. стр. 182.*

сударственной власти принудительный характеръ ея, проф. Коркуновъ тѣмъ самымъ признаетъ, что государственная власть, въ отличіе отъ властвованія обаяніемъ святости, геніальнаго ума, или художественнаго таланта, является prima facie властвованіемъ воли; причемъ воля признается проф. Коркуновымъ отнюдь не случайнымъ, или безразличнымъ моментомъ въ понятіи государственной власти, а, наоборотъ, отличительнымъ признакомъ этого понятія, essentiale его. Такимъ образомъ, само собою падаетъ утвержденіе проф. Коркунова, будто отсутствіе или наличность воли со стороны властвующаго ни въ чемъ не измѣняютъ характера и условій подчиненія ему подвластныхъ; послѣ вышеизложеннаго очевидно, что принудительный характеръ этого подчиненія обусловливается, именно, наличностью воли на сторонѣ властвующихъ.

Дальнѣйшее развитіе проф. Коркуновымъ своей теоріи вполнѣ подтверждаетъ высказанныя нами выше соображенія.

Власть, говоритъ проф. Коркуновъ,- основывается на сознаніи людьми ихъ зависимости отъ государства; но, само по себѣ, это сознаніе безсодержательно и пассивно. Для того, чтобы вызвать по своей волѣ дѣйствіе власти, надо располагать возможностью вызывать въ людяхъ это сознаніе зависимости и придавать ему то или другое содержаніе. Такою возможностью располагаетъ тотъ, кто въ глазахъ другихъ людей является лучшимъ выразителемъ и истолкователемъ того, что надъ ними властвуетъ. Сознаніе нашей зависимости отъ государства можетъ быть направляемо такъ или иначе людьми, которые въ нашихъ глазахъ являются лучшими выразителями требованій и интересовъ государственнаго общенія; тѣ лица, за которыми признается право распоряженія въ опредѣленномъ отношеніи властью, называются органами государственной власти. Воля этихъ лицъ, въ силу тѣхъ или другихъ условій, получаетъ возможность направлять такъ или иначе дѣйствіе государственной власти; но государственная власть является не *волею этихъ лицъ, а только объектомъ ихъ воли**).

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ, оказывается, что проф. Коркуновъ отрицаетъ волунтарную теорію власти лишь потому, что власть есть объектъ воли, а не самая воля. Намъ предста-

---

*) *Коркуновъ, н.с. стр. 171, 184, 185.*

вляется, однако, вполнѣ безразличнымъ сказать ли, что воля осуществляетъ власть (т.е. власть есть объектъ воли), или сказать, что властвуетъ воля.

Отрицая единство государственной власти, проф. Коркуновъ тѣмъ самымъ отрицаетъ *волунтарную теорію государства**). Если государ. власть не единая воля, въ такомъ случаѣ, разумѣется, волей самого государства она быть не можетъ. Что касается *волунтарной теоріи власти*, то проф. Коркуновъ, начавъ съ ея отрицанія, въ конечныхъ своихъ выводахъ возвращается къ ней. И съ его точки зрѣнія государственная власть есть воля, - но воля не самого государства, а тѣхъ лицъ "истолкователей" и "распорядителей", какъ онъ ихъ называетъ, которые властвуютъ въ государствѣ.

Въ сущности, сознаніе гражданами своей зависимости отъ государства и въ теоріи проф. Коркунова играетъ исключительно роль психической основы государственнаго властвованія. Профессоръ Коркуновъ неоднократно указываетъ, что безъ сознанія своей зависимости подданными, органы власти, составляющіе въ общей массѣ народа незамѣтное мѣньшинство, не могли бы властвовать надъ цѣлымъ народомъ*). При этомъ, въ теоріи проф. Коркунова "сознаніе гражданами своей зависимости отъ государства" получаетъ весьма своеобразный характеръ. Это - не подчиненіе силѣ, а, всегда и необходимо, признаніе нравственнаго авторитета государственной власти. "Мы подчиняемся, - говоритъ онъ, - сужденію и волѣ другихъ лицъ ввиду ихъ личнаго обаянія, признавая ихъ самыми лучшими выразителями и истолкователями требованій государственнаго порядка**).

Проф. Сергѣевичъ совершенно правъ, называя теорію Коркунова конструкціей идеальнаго государства. Его государство - воздушный замокъ, его правители - мудрецы Платона***).

Какъ бы то ни было, вопросъ о психическихъ основаніяхъ власти лежитъ внѣ предѣловъ науки права, является *мета-юридическимъ* вопросомъ въ самомъ безусловномъ смыслѣ этого слова. Разумѣется, право, подобно религіи или языку, является

---

*) *Коркуновъ, н.с. стр. 188.*

**) *Коркуновъ, н.с. стр. 188.*

***) *В.И. Сергѣевичъ. Новыя ученія въ области государственнаго права. (Ж.М.Н. 1894 г. ноябрь, стр. 95 и сл.).*

продуктомъ психической дѣятельности человѣка; въ этомъ своемъ значеніи оно можетъ и должно быть объектомъ изученія для психологіи. Задача юриста, говоритъ Еллинекъ, заключается не въ томъ, чтобы выяснить индивидуальные и массовые психическіе процессы, которые приводятъ къ тому или иному юридическому институту. Его разрѣшенію подлежитъ вопросъ: какъ долженъ мыслить этотъ институтъ для того, чтобы привести объемлемыя имъ нормы къ свободному отъ противорѣчія единству. Ничто не вредитъ въ такой степени прогрессу знанія, какъ научный синкретизмъ, не различающій ни задачъ, ни методы различныхъ наукъ. Для того, чтобы вполнѣ овладѣть своимъ объектомъ, каждая наука должна, прежде всего, отграничить его отъ смежныхъ объектовъ другихъ, хотя бы и родственныхъ, наукъ. Наука права, вообще, и наука публичнаго права, въ особенности, больше всѣхъ другихъ искони страдаетъ отъ привлеченія въ ея область психологическихъ, политическихъ, философскихъ проблемъ. То божество, въ покровительствѣ котораго всего болѣе нуждается эта наука, называлось у римлянъ Терминомъ, т.е. богомъ границъ.

§ 2.

ЕДИНСТВО ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ.

Согласно господствующему въ наукѣ о государствѣ воззрѣнію, государственная власть есть власть самого государства. Государство, какъ коллективная (юридическая) личность, обладаетъ самостоятельной коллективной волей; государственная власть и есть ни что иное, какъ господствующая воля самого государства. Учрежденія и лица, осуществляющія государственную власть, являются *органами* государства; какъ таковые, они выражаютъ не свою волю, а волю государства.

Такое воззрѣніе является безусловно господствующимъ въ германской литературѣ государственнаго права; его наиболѣе выдающіеся представители - Герберъ*), Лабандъ, Іеллинекъ, и др.

---

*) Gerber. Grundzüge des deutschen Staatsrecht, 3 Aufl (1880), *стр. 19 и сл.*

Во французской литературѣ оно раздѣляется наиболѣе выдающимися публицистами - Эсменомъ, Мишу, Горіу*) и др.

Говорить о волѣ государства съ точки зрѣнія психологіи, конечно, невозможно, но точка зрѣнія психологическая далеко не всегда совпадаетъ съ юридической. Утверждая, что государственная власть есть воля государства, мы отнюдь не хотимъ сказать, что государство живетъ психической жизнью, и что въ психикѣ государства складываются волевые акты такъ же, какъ въ живомъ организмѣ. Мы утверждаемъ только, что не органы государственной власти, а само государство, какъ таковое является субъектомъ власти что наши публично-правовыя обязанности закрѣплены не за органами государства, а за нимъ самимъ.

Субъектомъ правъ, соотвѣтствующимъ нашимъ публично-правовымъ обязанностямъ, является государство, и всякія требованія органовъ власти предъявляются ими отъ имени государства. Въ этомъ, и только въ этомъ смыслѣ, и можно говорить о томъ, что государственная власть есть воля государства. Юридически понять и правильно конструировать государственную власть можно только, понимая ее, какъ волю государства. Единство государственной власти есть прямой выводъ изъ представленія о государственной власти, какъ о волѣ государства.

Единство государственной власти проявляется, прежде всего, въ организаціи ея.

Въ каждомъ государствѣ необходимъ верховный, суверенный органъ власти, являющійся рѣшающей инстанціей по отношенію ко всѣмъ остальнымъ. Безъ верховнаго органа государство невозможно и немыслимо. Организація верховнаго органа можетъ быть различна; - сувереннымъ органомъ можетъ быть: одно лицо, выборная коллегія, весь народъ; возможна и комбинація этихъ началъ (напримѣръ, единоличнаго и коллегіальнаго), - но верховный органъ долженъ быть единъ, какова бы ни была его организація. Единство государственной власти выражается, такимъ образомъ, прежде всего, въ наличности суверенаго органа, носителя верхов-

---

*) Laband. Das Staatsrecht des deutsch. Reiches, 3 Aufl. *(1895) т. I, стр. 52 и сл.; стр. 85 и сл.;* Jellinek. Gesetz und Verordnung, *стр. 195 и сл;* System der subj. öff. Rechte, *стр. 26 и сл.; Право современнаго государства (русск. изд.), стр. 106 и сл., 279 и сл.;* Michaud. Respousabilité de l'Etat. (Revue de droit public), *1895, т. II, стр. 2.*

ной власти, объединяющаго и опредѣляющаго организацію государства.

Единство государственной власти въ пространствѣ выражается въ томъ, что государственная власть *одна* господствуетъ и всей территоріей. Верховная власть считается вездѣсущей, она присутствуетъ во всѣхъ частяхъ государственной территоріи. Символомъ вездѣсущности является у насъ зерцало. Въ Англіи по дѣламъ, въ которыхъ истцомъ или отвѣтчикомъ выступаетъ корона, заочное рѣшеніе недопустимо, такъ какъ корона предполагается присутствующей.

Единство государственной власти во времени выражается въ ея безусловной непрерывности. Смѣняются носители власти, но власть, по выраженію французской поговорки, безсмертна: le roi ne meurt pas; le roi est mort, vive le roi. Непрерывность государственной власти является чрезвычайно важнымъ принципомъ въ международномъ правѣ. Революціи, уничтожающія существующія формы правленія и замѣняющія ихъ новыми, не нарушаютъ непрерывности власти. Обязательства, принятыя на себя государствомъ при правительствѣ стараго порядка сохраняютъ свою силу и послѣ измѣненія формы правленія. Договоры, заключенные кратковременными узурпаторскими правительствами, обязательны и для будущихъ законныхъ органовъ государственной власти. Чья бы воля ни являлась выразительницей воли государства, кто бы ни стоялъ во главѣ правленія, власть остается одна и та же. И поэтому, ограниченія монархической власти, установленныя однимъ монархомъ, сохраняютъ силу и при всѣхъ его потомкахъ. Это не есть точка зрѣнія патримоніальнаго, наоборотъ, это принципъ современнаго правового государства. Такъ, еще въ 1837 г. Эрнестъ - Августъ отмѣняетъ ганноверскую конституцію, ссылаясь на то, что покойный монархъ, при установленіи ея, не спросилъ его согласія. На томъ же основаніи Францъ-Іосифъ отмѣняетъ въ 1848 году венгерскую конституцію. Послѣ паденія Іюльской монархіи, Ламартинъ пытается отвергнуть принципъ непрерывности государственной власти, настойчиво доказывая, что долги старой монархіи для республиканской Франціи не обязательны.

Въ настоящее время въ большинствѣ государствъ совершенно исчезаютъ слѣды старыхъ и отжившихъ патримоніальныхъ воззрѣній и принципъ непрерывности власти достигаетъ полнаго господства. Необходимыми общими принципами верховной власти являются, такимъ образомъ, ея *повсемѣстность и ея непрерывность*. О специфическихъ же признакахъ государственной власти мы уже говорили выше, въ главѣ объ опредѣленіи государства. Важнѣйшимъ спе-

цифическимъ признакомъ является потенціальная неопредѣленность компетенціи государственной власти. Этимъ признакомъ государственная власть отличается отъ власти всякаго рода другихъ публично-правовыхъ корпорацій.

Государственная власть есть воля государства, отличающаяся потенціональной неопредѣленностью компетенцій.

Суверенитетъ (въ смыслѣ независимости) общимъ и специфическимъ признакомъ государственной власти считаться не можетъ, такъ какъ государства бываютъ какъ суверенныя, такъ и несуверенныя (см. главу объ опредѣленіи государства).

§ 3.

Ученіе объ органахъ государственной власти.

Государственная власть есть воля государства, но непосредственно осуществлять свою волю государство, конечно, не можетъ. Воля можетъ зародиться и принять опредѣленную форму только въ человѣкѣ, власть государства, поэтому, можетъ быть осуществляема только людьми, дѣйствующими отъ имени государства, являющимися его органами. Въ какомъ же отношеніи стоятъ органы государственной власти къ государственной власти, какъ таковой?

Теорія, конструирующая отношеніе органа къ государству, какъ отношеніе представительства, несостоятельна въ виду того, что представительство предполагаетъ существованіе двухъ субъектовъ (какъ, напримѣръ, опекуна и опекаемаго и т.д.). Государство независимо отъ своихъ органовъ не существуетъ, подобно тому, какъ и органъ, какъ таковой, не существуетъ независимо отъ государства. Объ отношеніи представительства между государствомъ и его органами также мало можно говорить, какъ и объ отношеніи представительства между органами человѣка и самимъ человѣкомъ. Органъ государственной власти не представляетъ, а *осуществляетъ* государство. Государство желаетъ повелѣвать и дѣйствуетъ при посредствѣ своихъ органовъ подобно тому, какъ человѣкъ видитъ при посредствѣ своихъ глазъ.

Въ государствѣ необходимо долженъ быть одинъ и только одинъ верховный суверенный органъ; этого требуетъ принципъ единства государственной власти. По отношенію къ подданнымъ власть верховнаго органа является юридически-неограниченной. Стефанъ и Дайси, лучшіе знатоки англійскаго государственнаго права, справедливо замѣчаютъ, что король въ парламентѣ въ Анг-

ліи такъ же неограниченъ, какъ самодержецъ въ Россіи. Король въ парламентѣ можетъ сдѣлать все, онъ не можетъ сдѣлать только мужчину женщиной, - говоритъ англійская поговорка.

Неограниченность власти верховнаго органа по отношенію къ подданнымъ оспаривается нѣкоторыми юристами. Отъ всякой, поставленной имъ самому себѣ границы, государство можетъ освободиться, но только въ формахъ права и создавая новыя границы. Не то или другое отдѣльное ограниченіе, а самый фактъ ограниченности есть нѣчто постоянное. Какъ не существуетъ абсолютно ограниченнаго, такъ не существуетъ и абсолютно неограниченнаго суверенаго государства (Іеллинекъ: "Право современнаго государства", стр. 318). Каждый законъ, исходящій отъ верховнаго органа, ограничиваетъ его самого. "Издавая законъ, государство юридически связываетъ его нормами не только индивидовъ, но и свою собственную дѣятельность. Закономъ оно обязываетъ и тѣхъ лицъ, которыя служатъ его органами, сообразовать ихъ волю съ велѣніями закона. Но такъ какъ воля органа есть воля государства, то государство, обязывая свои органы, связываетъ самого себя. Государство едино, и поэтому подзаконность управленія и суда отражается въ то же время на единой государственной власти. Эта связанность имѣетъ не этическій, а правовой характеръ". (Тамъ же, стр. 315).

Сказанное не можетъ быть ни въ какомъ случаѣ отнесено къ власти верховнаго органа. Законъ ограничиваетъ лишь подзаконную правительственную власть, связанность которой нисколько не отрицаетъ юридической неограниченности верховнаго органа. Власть послѣдняго всегда остается неограниченной. Юридической неограниченности, конечно, не слѣдуетъ смѣшивать съ неограниченностью фактической - омнипотенціей. Верховный органъ ограниченъ факторами внутренними и внѣшними. Внутреннія границы его власти образуетъ психологическая природа лицъ, являющихся органами государства. Внѣшнія рамки, за предѣлы которыхъ верховная власть фактически не можетъ выйти, опредѣляются границами, до которыхъ простирается повиновеніе подданныхъ. Даже власть восточнаго деспота и та фактически не безгранична. Говорить объ омнипотенціи государственной власти, такимъ образомъ, конечно, нельзя, но нужно строго различать фактическую возможность (das können) отъ юридической дозволенности (das sollen). Возможно неповиновеніе подданныхъ, но права на него

виновеніе у подданныхъ нѣтъ. Революція не можетъ быть правомѣрнымъ актомъ, но фактически и нравственно она можетъ стать необходимой.

§ 4.

БЛИЖАЙШАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОРГАНА ВЕРХОВНОЙ ВЛАСТИ.

Верховная власть есть, прежде всего, власть учредительная; это та власть, которая одна въ правѣ измѣнять конституцію государства. Въ каждомъ государствѣ необходима власть, которая могла бы измѣнять политическій строй государства, приспособляя старыя политическія формы къ новымъ соціально-экономическимъ условіямъ жизни или создавая для послѣднихъ новыя формы. Ничего не можетъ быть ошибочнѣе мысли о вѣчныхъ и неизмѣнныхъ законахъ, - какъ логически, такъ и практически вѣчная конституція невозможна; если форма правленія противорѣчитъ основнымъ условіямъ народной жизни, она должна быть измѣнена. Бывали случаи, когда законодатель пытался создать вѣчную конституцію или обезпечить новой формѣ правленія продолжительное существованіе, объявивъ ее неизмѣнной въ продолженіи опредѣленнаго промежутка времени. Такъ, напримѣръ, французская конституція 1791 года объявлена была неизмѣняемой на 10 лѣтъ, а между тѣмъ она не просуществовала и 2-хъ лѣтъ, а фактически не существовала и года. Если политическія формы не приспособляются во время къ измѣняющимся условіямъ жизни, онѣ подвергаются насильственной ломкѣ - на мѣсто неспособной верховной власти становится сила, процессъ мирной законодательной дѣятельности замѣняется революціей. Учредительная власть необходима во всякомъ правильно развивающемся государствѣ, и учредительная дѣятельность составляетъ главную и основную функцію верховной власти.

Другой функціей верховной власти является законодательство. Однако, функція эта не всегда и не обязательно входитъ въ компетенцію органовъ верховной власти.

Въ нѣкоторыхъ государствахъ учредительная и законодательная власти сосредоточиваются въ одномъ органѣ (въ Англіи, напр.,

въ парламентѣ), причемъ, и учредительная и законодательная функціи осуществляются этимъ органомъ одинаковымъ образомъ. Въ другихъ - между учредительной и законодательной властью проводится извѣстное различіе: изданіе учредительныхъ законовъ обставлено опредѣленными ограниченіями. Въ Бельгіи конституціонный законъ долженъ быть принятъ двумя парламентами; во Франціи учредительные законы издаются общимъ собраніемъ Сената и Палаты, засѣдающими при обсужденіи конституціонныхъ законовъ въ Версали, а не въ Парижѣ (такъ называемое „Національное Собраніе). Въ нѣкоторыхъ государствахъ, наконецъ, учредительная и законодательная власть принадлежитъ различнымъ органамъ. Такъ, напримѣръ, въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ конгрессъ учредительной властью не обладаетъ и федеративный судъ объявляетъ недѣйствительнымъ законъ, исходящій отъ конгресса и противорѣчащій конституціи. Измѣненіе конституціи можетъ быть осуществлено только $^{2}/_{3}$ легислатуръ или спеціальныхъ конвентовъ отдѣльныхъ Штатовъ. Такимъ образомъ, здѣсь верховнымъ органомъ является совокупность легислатуръ отдѣльныхъ Штатовъ. Законодательныя функціи, слѣдовательно, не образуютъ существеннаго момента въ понятіи верховнаго органа; власть законодательная можетъ быть подчинена верховной учредительной власти, отъ которой зависитъ измѣненіе дѣятельности и устройство государства. Верховный органъ можетъ обладать и однѣми лишь учредительными функціями.

Органъ верховной власти *безотвѣтственъ*, и въ литературѣ государственнаго права можно даже найти попытки опредѣленія верховнаго органа по этому его признаку. Безотвѣтственность, дѣйствительно, является необходимымъ признакомъ верховнаго органа, но характеризовать его она не можетъ; безотвѣтственность есть, нерѣдко, свойство и органовъ не верховной власти. Такъ, напримѣръ, конгрессъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ не есть органъ верховной власти, но онъ безотвѣтственъ. То же относится и къ германскому императору и т.д.

Итакъ, подводя итоги всему сказанному, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ: -

Верховный суверенный органъ характеризуется:

1) неограниченностью своей власти (которую не слѣдуетъ смѣшивать съ омнипотенціей),

2) наличіемъ учредительныхъ функцій.

По отношенію къ органу верховной власти всѣ остальные органы являются подзаконными. Велѣнія верховнаго органа связываютъ ихъ, и этими велѣніями опредѣляются предѣлы ихъ компетенціи. Различіе между органами верховной и органами подзаконной власти имѣетъ въ современномъ государствѣ огромнѣйшее значеніе; на немъ основано разграниченіе законодательной, правительственной и судебной власти. Власть законодательная есть верховная власть (въ Англіи, напр., и въ другихъ конституціонныхъ государствахъ она осуществляется королемъ въ парламентѣ), власть правительственная (она принадлежитъ королю въ кабинетѣ) и судебная являются подзаконными.

§ 5.

О КЛАССИФИКАЦІИ ОРГАНОВЪ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ.

1) Изъ сказаннаго выше вытекаетъ основное различіе между органами *верховной, учредительной* и, въ большинствѣ случаевъ, *законодательной* власти и органами власти подзаконной.

2) Слѣдующей классификаціей органовъ государственной власти является дѣленіе ихъ на органы *непосредственные и посредственные.*

Первые непосредственно репрезентируютъ, осуществляютъ волю государства, положеніе ихъ непосредственно обусловлено конституціей союза, и государство только черезъ нихъ можетъ проявлять свою дѣятельность. Въ качествѣ органовъ, они являются непосредственно обязанными исключительно и только по отношенію къ государству и ни отъ какой другой власти не зависятъ. Отпаденіе непосредственныхъ органовъ либо совершенно дезорганизуетъ государство, либо кореннымъ образомъ преобразуетъ его.

Посредственные органы не выражаютъ воли государства, а являются выразителями другихъ органовъ. Они обязаны выполнять законныя требованія, обращенныя къ нимъ, дѣятельность ихъ связана волею непосредственныхъ органовъ и они находятся подъ ихъ контролемъ.

Чрезвычайно существенное различіе между органами непосред-

ственными и посредственными не всегда вполнѣ сознается наукой государственнаго права. Органъ верховной власти разсматривается нерѣдко, какъ единственный носитель всѣхъ функцій государства, осуществляющій ихъ непосредственно или посредственно черезъ другіе органы. Компетенція верховнаго органа совпадаетъ, въ такомъ случаѣ, съ компетенціей государственной власти, вообще. Съ этой точки зрѣнія только органъ верховной власти является непосредственнымъ, всѣ же остальные, осуществляя не волю самого государства, а волю верховнаго органа и находясь въ зависимости отъ него, могутъ признаны только посредственными органами.

Теорія эта возникаетъ на почвѣ абсолютной монархіи, гдѣ она кажется болѣе или менѣе правильной. Всѣ органы государственной власти являются здѣсь какъ бы исполнителями воли монарха, которому принадлежитъ вся совокупность власти. Однако, и въ примѣненіи къ абсолютной монархіи эта теорія юридически несостоятельна. Судебныя функціи выдѣлялись изъ сферы дѣятельности верховной власти уже въ монархіяхъ стараго режима въ Западной Европѣ. У насъ процессъ отдѣленія судебной власти отъ законодательной и административной болѣе или менѣе закончился со времени введенія судебныхъ уставовъ.

Указаніе на то обстоятельство, что судебныя рѣшенія выносятся именемъ монарха, не опровергаетъ изложеннаго положенія, т. к. оно только символизируетъ единство государственной власти. Дѣло, рѣшенное судомъ, не можетъ быть перерѣшено монархомъ; въ гражданскомъ процессѣ жалоба на окончательное рѣшеніе суда не можетъ быть даже принята; въ уголовномъ процессѣ возможно только прошеніе о помилованіи, которое отнюдь не является перерѣшеніемъ дѣла. Разсматривать абсолютнаго монарха, какъ носителя всѣхъ функцій государственной власти, - невозможно.

Тѣмъ менѣе примѣнима конструкція органа верховной власти, какъ единственнаго носителя государственной власти, вообще, къ монархіи конституціонной. Нельзя же утверждать, что конституціонному монарху принадлежитъ вся совокупность власти и что всѣ остальные органы, въ томъ числѣ и парламентъ, являются только орудіями его воли. А, между тѣмъ, на этой точкѣ зрѣнія стоитъ теорія, весьма распространенная среди нѣмецкихъ историковъ.

Эта теорія нашла себѣ впервые выраженіе въ хартіи Людовика XVIII, изъ которой она была заимствована Вѣнскимъ конгрес-

сомъ. Происхожденіемъ своимъ она обязана стремленію примирить старые порядки абсолютной монархіи съ новыми порядками монархіи конституціонной. Впослѣдствіи она была принята многими нѣмецкими юристами, въ томъ числѣ и Лабандомъ. Лабандъ утверждаетъ, что и въ конституціонной монархіи государь есть единственный носитель нераздѣльной и недѣлимой государственной власти. Только онъ одинъ можетъ издавать законы. Въ чемъ же заключается функція парламента? Для выясненія ея, необходимо различать, по мнѣнію Лабанда, двѣ составныя части закона: содержаніе закона и велѣніе закона. Содержаніе -- это формулированное въ немъ юридическое правило; велѣніе же закона заключается въ надѣленіи этого правила обязательной силой. Для формулировки юридическаго начала не требуется акта власти, оно можетъ быть формулировано комиссіей, собраніемъ, договоромъ и т.д. Актъ власти необходимъ только для надѣленія формулированнаго начала обязательной силой. Дѣятельность парламента ограничивается участіемъ въ формулировкѣ содержанія закона. Велѣніе, чтобы выработанное содержаніе закона получило силу, есть односторонній актъ воли монарха.

Возражая на эту теорію, Іеллинекъ справедливо замѣчаетъ, что палаты не только формулируютъ юридическія правила, но и надѣленіе правилъ обязательной силой можетъ имѣть мѣсто не иначе, какъ съ согласія парламента. Парламентъ также независимъ отъ короля, какъ король отъ парламента, и актъ воли государства можетъ получиться только путемъ соглашенія воли парламента съ волей монарха.

Изъ сказаннаго мы сдѣлаемъ слѣдующій выводъ.

Въ каждомъ государствѣ существуетъ не одинъ, а цѣлый рядъ непосредственныхъ органовъ. Въ конституціонной монархіи такими органами являются: народъ- совокупность избирателей верхняя палата, нижняя палата, монархъ и судъ. Органы посредственные охватываются понятіемъ того или другого вѣдомства. Во главѣ вѣдомства стоитъ министръ и всѣ органы, входящіе въ составъ министерства, подчинены ему и исполняютъ его волю. Сущность самоуправленія и заключается въ томъ, что органы его изъемлют-

---

"ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ О ГОСУДАРСТВѢ". проф. В.М.Гессенъ.
Изданіе Кассы Взаимопом. Студ. СПБ. Политехнич. Института.
Литографія Трофимова, Мохайская, 8. Л. 12.

ся изъ подвѣдомственной зависимости и, становясь органами непосредственными, осуществляютъ волю самого государства.

3) Органы государственной власти дѣлятся на *самостоятельные и несамостоятельные.*

Первые обладаютъ публично-правовой властью, imperium'омъ, вторые imperium'омъ не обладаютъ и имѣютъ только совѣщательное значеніе.

Самостоятельными органами являются: министръ, губернаторъ, урядникъ и т.д.; всѣ они, въ предѣлахъ своей компетенціи обладаютъ властью.

Несамостоятельнымъ органомъ является Государственный Совѣтъ; онъ имѣетъ только совѣщательное значеніе и никакой властью не пользуется.

На почвѣ этого разграниченія въ наукѣ государственнаго права возникаетъ контроверза. Спорнымъ пунктомъ является слѣдующій вопросъ: обладаетъ ли парламентъ въ конституціонной монархіи imperium'омъ или же imperium принадлежитъ исключительно монарху, какъ органу законодательной власти?

Въ современной германской публицистикѣ господствуетъ теорія, разсматривающая конституціоннаго монарха, какъ органъ самостоятельный, парламентъ - какъ органъ несамостоятельный. Отношеніе между королемъ и парламентомъ конструируется слѣдующимъ образомъ: государственная власть принадлежитъ всецѣло королю; законопроектъ, принятый парламентомъ, остается мертвой буквой, пока онъ не санкціонированъ монархомъ. Парламентъ выражаетъ лишь мнѣніе - правда, такое мнѣніе, содержаніе котораго монархъ измѣнить не можетъ, но которое безъ санкціи короля никакой силой не обладаетъ; поэтому *велѣнія,* какъ актъ власти, всегда исходитъ отъ монарха, и только отъ него (Лабандъ).

Теорія эта несостоятельна; она ведетъ свое начало отъ тѣхъ принциповъ хартіи Людовика XVIII, которые пытались примирить старые порядки съ новыми (см. выше). Если стать на точку зрѣнія, защищаемую нѣмецкими публицистами, то придется признать, что существенныхъ различій между парламентомъ въ конституціонной монархіи и Государственнымъ Совѣтомъ въ Россіи - нѣтъ. И тотъ и другой выражаютъ лишь мнѣнія, которыя нуждаются въ санкціи монарха, безъ которой они не обладаютъ и тѣнью силы. А между тѣмъ, между парламентомъ и нашимъ Государствен-

нымъ Совѣтомъ существуетъ огромная разница. Отвергаемая нами теорія не замѣчаетъ или, по крайней мѣрѣ, не объясняетъ того обстоятельства, что король безъ парламента такъ же безсиленъ издать законъ, какъ и парламентъ безъ короля, въ то время, какъ русскій самодержецъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта совершенно не ограниченъ, воленъ присоединится къ мнѣнію меньшинства или же руководствоваться только своимъ собственнымъ. Парламентъ, дѣйствительно, власти самостоятельной въ конституціонныхъ монархіяхъ не имѣетъ; но развѣ пользуется такой властью король (мы разсматриваемъ здѣсь монарха, только какъ органъ законод. власти)? Законопроектъ, исходящій отъ короля, но не прошедшій черезъ парламентъ, не имѣетъ силы закона, подобно тому, какъ не является актомъ государственной власти законопроектъ парламента безъ санкціи короля. Если парламентъ - органъ несамостоятельный, то такимъ же органомъ является и король.

Самостоятельнымъ органомъ является король въ парламентѣ, только этотъ единый, коллективный органъ обладаетъ законодательной властью, а слѣдовательно, и imperium'омъ.

4) Органы бываютъ *индивидуальные и коллективные*.

Первые являются органами единоличными. Примѣрами такихъ органовъ служатъ: монархъ, министръ и т.д.

Коллективные органы (парламентъ, государственный совѣтъ и т.д.) состоятъ изъ нѣсколькихъ лицъ. Воля ихъ - не естественная воля индивида, а юридическая коллегія; она получается искусственно, путемъ сложенія изъ множества индивидуальныхъ воль. Воля коллегіи - воля большинства входящихъ въ ея составъ членовъ.

5) Большое значеніе имѣетъ дѣленіе органовъ на *простые и сложные*. Это дѣленіе съ предыдущими не совпадаетъ, коллективный органъ можетъ быть какъ простымъ, такъ и сложнымъ.

Сложный органъ тотъ, воля котораго получается, какъ результатъ взаимодѣйствія нѣсколькихъ простыхъ органовъ. Такимъ органомъ является король въ парламентѣ, воля котораго слагается изъ воли трехъ (или двухъ) простыхъ органовъ: короля и парламента, или - короля, верхней и нижней палатъ.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНІЕ ОРГАНОВЪ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ.

Вопросъ о правовомъ положеніи органовъ государства, подобно многимъ другимъ проблемамъ науки государственнаго права, является до настоящаго времени вопросомъ спорнымъ. Каково правовое отношеніе органовъ къ государству? Является ли компетенція органа государственной власти его субъективнымъ правомъ? Таковы вопросы, на которые надлежитъ отвѣтить.

Органъ, какъ таковой, не является по отношенію къ государству лицомъ, не существуетъ двухъ юридическихъ лицъ - государства и его органа, органы государства образуютъ одно цѣлое. Дѣйствительно, юридическое отношеніе между органомъ и государствомъ немыслимо. Органъ не можетъ существовать независимо отъ государства подобно тому, какъ государство не можетъ существовать независимо отъ своихъ органовъ. Государство безъ органовъ есть безсодержательная абстракція, а не юридическое лицо. Но, въ такомъ случаѣ, нельзя видѣть въ органѣ правового субъекта противополагаемаго государству, какъ такому же правовому субъекту. Теорія, усматривающая въ компетенціи органа его субъективное право, возвращаетъ насъ къ тѣмъ ученіямъ, которыя разсматриваютъ, какъ субъектъ государственной власти не государство, а тотъ или иной его органъ.

Такимъ образомъ, юридическія отношенія между государствомъ и его органами не существуетъ. Органъ права на свою компетенцію не имѣетъ.

Такое рѣшеніе вопроса не отрицаетъ, однако, возможности существованія юридическихъ отношеній между государствомъ и лицами, являющимися его органами. Такія отношенія могутъ быть весьма разнообразны. Лицо можетъ имѣть право на выполненіе того или другого круга функцій государственной власти, это, такъ называемая, Recht auf Organstellung. Лицо можетъ имѣть право быть монархомъ; депутатъ имѣетъ право засѣдать въ парламентѣ. Но компетенція монарха и депутата не есть его субъективное право; эта компетенція можетъ быть измѣнена государствомъ, причемъ, такое измѣненіе не нарушаетъ чьихъ либо правъ. Независимо отъ Recht Organstellung у лицъ

являющихся органами государства, могутъ быть по отношенію къ послѣднему и другія права: право на вознагражденіе, на квалифицированную неприкосновенность и т.д., но все это субъективныя права индивидовъ, а не органовъ. Органы отдѣльно отъ государства, волю котораго они выражаютъ, немыслимы, и никакихъ правъ по отношенію къ государству поэтому, имѣть не могутъ.

Юридическая конструкція государства.

Какъ долженъ мыслить юристъ государства для того, чтобы всѣ юридическія свойства этого института могли быть объединены въ одномъ и единомъ высшемъ понятіи, или, другими словами, могли быть разсматриваемы, какъ необходимые выводы изъ одного и единаго общаго принципа? Такова сущность той проблемы, которую мы называемъ юридической конструкціей государства. Возможно троякаго рода рѣшеніе этой проблемы: государство можетъ быть признаваемо либо *объектомъ*, либо *субъектомъ*, либо отношеніемъ властвованія. Разсмотримъ каждую изъ этихъ возможностей отдѣльно.

I. *Государство, какъ объектъ властвованія.* Теорія, признающая государство объектомъ власти, субъектомъ которой является монархъ или правящая коллегія, не новаго происхожденія. Она является офиціальной теоріей партимоніальнаго государства, и въ частности теоріей L.v. Haller'a, реставратора патримоніальныхъ идей.

Въ послѣднее время и въ примѣненіи къ современному государству теорія "государства-объекта" представлена въ германской литературѣ извѣстнымъ публицистомъ M.v.Seydel'емъ*). Другіе, менѣе значительные ея послѣдователи - Borngak**), Herzfelder***), Lingg****) и др.

Seydel - реалистъ; онъ требуетъ удаленія изъ области пра-

---

*) Seydel, Bayertsches Staatsrecht I.

**) Bornhak, Preussisches Staatrecht I.

***) Herzfelder, Gewalt und Recht.

****) Lingg, Empirische Untersuchungen zur allg. Haatslehre.

ва всевозможныхъ фикцій; подъ фикціями же онъ понимаетъ, между прочимъ, признаніе отвлеченныхъ понятій правовыми субъектами. Только живой человѣкъ можетъ быть правовымъ субъектомъ. Подъ государствомъ слѣдуетъ понимать, по его мнѣнію, территорію и людей, надъ которыми господствуетъ верховная власть, а существуетъ только воля надъ государствомъ. Субъектомъ власти является *суверенъ* - монархъ, или законодательное собраніе; ея объектомъ - государство*).

Замѣтимъ, прежде всего, что теорія Seydel'я, какъ впрочемъ, всякая юридическая теорія, - ничего общаго съ "реализмомъ" не имѣетъ. Юристъ оперируетъ надъ понятіями, а не надъ явленіями. Онъ такъ же мало можетъ быть реалистомъ, какъ математикъ.

Монархъ или народъ, въ теоріи Seydel'я, являются такими же абстрактными понятіями, такими же отвлеченіями, какъ государства въ другихъ теоріяхъ.

Монарха или народа, какъ реальныхъ явленій, не существуетъ; существуетъ *такой то* монархъ, или *такіе то* люди. Съ точки зрѣнія Seydel'я, самый вопросъ о юридической конструкціи государства не имѣетъ смысла. Государства - фикція. Россія - это Императоръ Николай II, господствующій надъ такими то и такими то людьми въ предѣлахъ такой то и такой то территоріи. Сегодня - одна Россія, а завтра, со смертью, хотя бы одного подданнаго, будетъ другая Россія.

Seydel такого вывода не дѣлаетъ; другіе, болѣе неустрашимые послѣдователи его, напримѣръ, Lingg, категорически утверждаютъ, что съ перемѣной царствующаго лица возникаетъ новое государство. Къ какимъ результатамъ приводитъ погоня за "реализмомъ" въ юриспруденціи, можно видѣть на примѣрѣ того же Lingg'а. Исходя изъ того, несомнѣнно, "реальнаго" факта, что воля, какъ таковая, является психической функціей *индивида*, Lingg приходитъ къ заключенію, что въ государствѣ, независимо отъ формы правленія, всегда и необходимо господствуетъ воля *одного* человѣка; въ республикахъ субъектомъ власти является президентъ, . . въ монархіи - монархъ.

Предлагаемая Seydel'емъ юридическая конструкція государ-

---

*) Seydel, Grundzüge einerallg. Staatslehre; *его же*, Bayer. Staatsrecht *I, стр. 350 и сл.*

ства, каковъ бы ни былъ ея реализмъ, несостоятельна уже потому, что въ ея рамки не укладываются несомнѣннѣйшія юридическія свойства государства.

Какъ конструировать съ точки зрѣнія Seydel'я международное право? Кто является его субъектами? Оставаясь послѣдовательнымъ, Seydel долженъ бы отвѣтить: монархи и законодательныя собранія. Но неужели основныя права государства - право на независимость, на самозащиту, etc. принадлежатъ монархамъ? Неужели съ перемѣной формы правленія, - мало того, со смертью монарха, мѣняется субъектъ международнаго права? Развѣ Франція, съ точки зрѣнія международнаго права, не оставалась одною и тою же Франціей, однимъ и тѣмъ же субъектомъ въ 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1870 гг.? Кѣмъ заключаются международные договоры - правительствами или государствами? Съ точки зрѣнія Seydel'я, Ламартинъ былъ вполнѣ правъ, предлагая въ 1848 году республикѣ отказаться отъ международныхъ обязательствъ, принятыхъ на себя Людовикомъ-Филиппомъ.

Но не только международное право, - и государственное не укладываются въ рамки теоріи Seydel'я. Теорія эта подобно Haller'овской, имѣетъ вполнѣ частно-правный характеръ. Если субъектомъ государственной власти является монархъ, ея объектомъ - народъ, то чѣмъ отличается власть государства отъ власти какого нибудь плантатора надъ своими рабами? Для того, чтобы установить это различіе, Seydel вынужденъ прибѣгнуть къ оговоркѣ, - въ сущности, разрушающей всю его теорію. Воля властителя, т.е. субъекта, говоритъ онъ, - должна опредѣляться интересами объекта, т.е. государства. По справедливому замѣчанію Коркунова, оговорка эта приводитъ Seydel'я къ неразрѣшимому противорѣчію. Если осуществленіе государственной власти должно опредѣляться интересами государства, государство - не объектъ, а субъектъ. Понятія объекта и субъекта права тѣмъ и отличаются другъ отъ друга, что субъектъ есть носитель тѣхъ интересовъ, средствомъ осуществленія которыхъ является объектъ. Тотъ, кто дѣйствуетъ въ интересахъ другого, является представителемъ или замѣстителемъ субъекта, но никогда не самымъ субъектомъ.

Монархъ или законодательное собраніе - - не субъекты, а органы государственной власти. Они дѣйствуютъ отъ имени государства; они выражаютъ не свою волю, а волю государства

они осуществляютъ государство, въ частности, монархъ ни въ какомъ случаѣ не является субъектомъ осуществляемой имъ власти. Существо монархической власти ярко характеризуетъ Languet, одинъ изъ французскихъ писателей 16 вѣка; эта власть, говоритъ онъ, - non honos sed onus, non vacatio sed vocatio, non immunitas, sed munus.

II. Теоріи, опредѣляющія государство, какъ отношеніе властвованія (Loening,*) Bierling,**) Hanel,***) Коркуновъ ****) и др.) конструируютъ это отношеніе различнымъ образомъ. Такъ, по мнѣнію Loening'a, государство есть правовое отношеніе властвованія между верховной властью (Herrscher) и подвластными; отношеніе, въ которомъ монархъ (или законодательное собраніе) является правовымъ субъектомъ, а подвластные-объектомъ права. Такъ понимаемая теорія " государства-отношенія", по существу, совпадаетъ съ теоріей " государства-объекта" Зейделя и всѣ возраженія противъ второй теоріи относятся въ равной мѣрѣ и къ первой.

Все различіе между Seydel'емъ и Loening'омъ заключается въ томъ, что Seydel констатируетъ отношеніе между властью и подданными какъ фактическое, а Loening, какъ юридическое отношеніе и, кромѣ того, Seydel называетъ государствомъ *объектъ*, а Loening самое отношеніе правового господства.

Признавая монарха субъектомъ государства, Loening, однако, тѣмъ самымъ отрицаетъ юридическій его характеръ. Если право творится не государствомъ, а монархомъ, какимъ образомъ отношеніе между монархомъ и подданными можетъ быть правоотношеніемъ, а самъ монархъ правовымъ субъектомъ?

Любопытную конструкцію разсматриваемой теоріи мы встрѣчаемъ въ изслѣдованіи проф. Коркунова: "Указъ и законъ". Проф. Коркуновъ исходитъ изъ отрицанія волунтарной теоріи государственной власти. Власть- это сила, проистекающая изъ сознанія гражданами своей зависимости отъ государства. При такомъ пониманіи власти государство, по мнѣнію Коркунова, представляется не единою личностью, подчиняющей своей волѣ всѣхъ составля-

---

*) Conrad's Handwörterbuch d. Haatsw. art. Staat.

**) Bierling, Juristische Principienlehre.

***) Hänel. Staatsrecht I.

****) *Коркуновъ. Указъ и Законъ.*

ющихъ его гражданъ, а юридическимъ отношеніемъ, въ которомъ граждане суть субъекты, а власть - общій и единый объектъ всѣхъ тѣхъ правъ, изъ которыхъ слагается содержаніе государственнаго правоотношенія*).

Въ другомъ мѣстѣ Коркуновъ говоритъ: "Если государство есть юридическое отношеніе, то субъекты его *всѣ участники государственнаго* общенія,- отъ монарха до послѣдняго подданнаго. Объемъ этихъ правъ можетъ быть очень различенъ, какъ въ абсолютной монархіи, гдѣ вся полнота власти сосредоточивается въ рукахъ монарха. Но если бы даже подданные имѣли только однѣ обязанности, они все таки были бы субъектами, пассивными субъектами юридическаго отношенія, но все же не объектами, потому что объектъ не можетъ имѣть ни правъ, ни обязанностей**).

Несостоятельность теоріи проф. Коркунова до наглядности очевидна; о ней можно сказать то же, что итальянскій юристъ Giorgio Giorge говоритъ о Brinz'евской теоріи "безсубъектныхъ субъективныхъ правъ": она продиктована per la maniadi dire cosa nuova***). Въ самомъ дѣлѣ, не касаясь уже антиволунтарной теоріи государственной власти, нельзя не возстать противъ конструкціи, которая во *всѣхъ* участникахъ государственнаго общенія - и, слѣдовательно, въ каждомъ изъ нихъ, видитъ *субъектовъ* государственной власти. Преступникъ приговоренный къ смертной казни, является субъектомъ той власти, которая его лишаетъ жизни; истецъ является субъектомъ той власти, которая отказываетъ ему въ искѣ и т.д. и т.д. Точно также невозможно и въ самой власти видѣть объектъ государственнаго отношенія. Какимъ образомъ "та сила, которая проистекаетъ изъ сознанія подданными своей зависимости отъ государства", можетъ быть объектомъ чьего нибудь права? По словамъ проф. Коркунова, само по себѣ "сознаніе зависимости" - безсодержательно и пассивно. Для того, чтобы дать ему какое нибудь содержаніе, необходимо такъ или иначе его направлять; необходимо, чтобы опредѣленнымъ лицамъ было предоставлено право распоряжаться властью въ общемъ интересѣ. Тѣ лица, за которыми признает-

---

*) *Коркуновъ. Указъ и Законъ, стр. 195.*

**) *Коркуновъ, Русское государстве. право I, стр.18.*

***) Giorgho Giorgi, La dottrina del personi I, *(стр.421)* Gliuridiche I.

ся право распоряженія властью, называются органами государственной власти. Воля этихъ лицъ имѣетъ возможность направлять такъ или иначе, дѣйствіе государственной власти, но *государственная власть является не волею этихъ лицъ, а лишь объектомъ ихъ воли**). Такимъ образомъ, по мнѣнію проф. Коркунова, власть есть объектъ воли, а не самая воля. Не представляется ли, однако, вполнѣ безразличнымъ, сказать ли, что воля осуществляетъ власть, или сказать, что властвуетъ воля?

Въ результатѣ оказывается, что съ точки зрѣнія, разсматриваемой теоріи, государство, какъ отношніе, есть ни что иное, какъ господство распорядитей власти надъ подвластными. Кто такіе эти распорядители? Кто возлагаетъ на нихъ обязанности или предоставляетъ имъ право распоряженія властью? Конечно, не государство, ибо государство есть только отношеніе власти. Распорядители власти не заступаютъ и не представляютъ государства. Властвуя, они осуществляютъ свою, а не чужую волю: они являются *субъектами* государственной власти. Если распорядители - субъекты государственной власти, то подвластные - ея *объекты*. Государство слагается, такимъ образомъ, изъ безконечнаго множества отношеній между распорядителями власти и подвластными, - отношеній, въ которыхъ первые являются субъектами, а вторые объектами власти. Единство государства безслѣдно исчезаетъ въ хаосѣ безчисленныхъ и случайныхъ "зависимостей" однихъ людей отъ другихъ.

III. *Государство есть лицо публичнаго права.* Теорія, признающая государство лицомъ публичнаго права, является въ настоящее время господствующей**). Тѣмъ не менѣе, отсутствіе communis opinio по вопросу о юридической конструкціи государства объясняется, въ значительной мѣрѣ разногласіемъ въ пониманіи юридическихъ категорій *лица и субъективнаго права.*

Весьма важной заслугой современныхъ нѣмецкихъ публицистовъ, такъ называемой, юридической школы - Лабанда, Іеллинека, Bernatzik'a и др., - необходимо признать выясненіе коренного различія между лицемъ, какъ юридическимъ понятіемъ, и организмомъ, вообще, или человѣкомъ, въ частности, какъ естественнымъ явленіемъ ***).

---

*) *Коркуновъ. Указъ и Законъ. Стр. 186-190.*

**) *См.* Jellinek, Die Lehre. v. mod. Staats. *I, стр. 149.*

***) *Изъ цивилистовъ см. въ особенности* Zrodlovosky. Das

Лицомъ, въ техническомъ смыслѣ слова, право называетъ все то, чему оно приписываетъ правоспособность, т.е. способность быть субъектомъ права. Лицо, говоритъ Лабандъ имѣетъ одно только свойство, которымъ исчерпывается все *существо* его, а именно, - свойство быть субъектомъ права*). Взятое отвлеченно, это свойство не признаваемое, а создаваемое правомъ - называется лицомъ. Такъ понимаемое лицо является, очевидно, не реальной сущностью, а юридической категоріей. Въ настоящее время, каждый человѣкъ признается лицомъ. Но это совпаденіе исторически необходимое, *логически* случайно: оно отнюдь не вытекаетъ изъ природы лица. По воззрѣніямъ древнихъ, рабы считались personam non habentes, и въ настоящее время индивидъ является лицомъ не потому, что онъ индивидъ, а потому что онъ признается лицомъ объективнымъ правомъ. Такія выраженія, какъ "юридическое лицо", "физическое лицо" - въ высокой степени ненаучны; ибо первое - плеоназмъ, а второе - contradictio in adjecto. И человѣкъ, и корпорація являются въ одинаковой мѣрѣ юридическими лицами, потому что и человѣкъ, и корпорація, какъ лица, принадлежатъ всецѣло къ отвлеченной области юридическихъ понятій. Физическое лицо такое же nonsens, какъ юридическій человѣкъ*). Лицо - абстрактное понятіе; оно постигается мышленіемъ; оно невидимо и неосязаемо даже въ тѣхъ случаяхъ, когда имъ является человѣкъ**).

Но будучи абстракціей, лицо, однако, не можетъ и не должно быть признаваемо фикціей. По справедливому замѣчанію Іеллинека, непониманіе кореннаго различія между абстракціей и фикціей является, въ значительной степени, причиной неправильной концепціи основныхъ категорій государственнаго права***).

---

römische Privatrecht (1877) Bd. *I, стр. 187 и сл.* Dernburg. Pandecten 5 Aufl. I *§59, стр. 188 и сл.*

*) Laband. Das Staatsrecht des deutschen (*2 изд. I стр. 78*) Reiches.

**) Windscheid, Lehrbuch, *5 изд. I, §49 пр. 6:* "In diesem sinne sind die juristische Personen freilich juristische Personen; aber der Mensch ist es nicht minder, den auch er hat Rechtsfähigkeit nur, weil und insofern sie ihm von Rechte verliehen ist.

***) *Къ лицу вообще относится то, что* Mühlenbruch *въ своей* doctrina Pandect. 195 *(цитируется у* Arnds'a, Lehrbuch der

Абстракція есть отвлеченіе отъ реально существующихъ явленій; оно выражаетъ изолированное свойство, которое, въ дѣйствительности, встрѣчается только въ связи съ другими свойствами, но логически мыслимо безъ нихъ. Наоборотъ, фикція въ угоду теоріи измышляетъ факты и, затѣмъ, дѣлаетъ выводы изъ нихъ, какъ будто бы они существовали въ дѣйствительности. Поэтому фикція допустима въ юриспруденціи, какъ и въ математикѣ, только какъ пропедевтическое средство, для того, чтобы нагляднѣе доказать истину, или скорѣе придти къ ней; но никогда она не можетъ быть "самоцѣлью научнаго мышленія", истиной an und für sich **).

Pandecten, 7 *изд., §24) говоритъ о юридическомъ лицѣ:* "quae cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur tamquem personae quibus civitas tribuatur.

*) Iellinek, system der subj.öff. Rechte *стр. 16; о значеніи фикціи въ правѣ сре.* Bierling, Kritik d. jurist. Grundbegriffe *II Стр. 87; его же* Juristische Principienlehre *I, стр. 101 и сл.; стр. 221* Dernburg *I с., стр. 140.*

**) *Вслѣдъ за Пухтой, большинство нѣмецкихъ пандектистовъ, признавая настоящимъ лицомъ только человѣка, юридическое лицо считаютъ лицомъ фиктивнымъ* (Windscheid, *I с. I* §49, *стр. 123;* Unger, System, 5 Aufl. I *стр. 314;* Ands. Lehrb. 7 Aufl. §24, *стр.* Gerber, System des deutsch. Privatrecht, 16 Aufl. §49 *пр. I и др.; изъ французовъ* Demolombe, Cours de Cod. Nap. I, 134; Laurent, Principes I, 288; Vauthier, Etudes sur les personnes morales, préf. *и др. Исходя изъ признанія юрид. лица фикціей,* Brinz, *въ введеніи къ I изд. своего* Lehrbuch'a *(1857, стр. XI) остроумно замѣчаетъ, что юридическое лицо также мало относится къ ученію о лицахъ, какъ птичье пугало — къ ученію о человѣкѣ.* О Brinz'*евской теоріи "безсубъектныхъ субъективныхъ правъ" см. у* Zitellmann'a "Begriff und Wesen d. jur. Person, *стр. 39 и сл.;* Karlowa *въ* Grünhuts Zeitschr. Bd. XV 1886 passim; Zrodlowsky, Das röm. privatrecht (1877), *I стр. 127-134;* Dernburg, *I. c. I, стр. 141, пр. 9;* Giorgio Giorgi, I c. I, p. 42; *изъ публицистовъ:* Stein, Die vellz Gewalt, I, 2, s. 44; Bernatzik *въ* Archiv f. öff. Recht Bd. V s. 181.

Признавая государство лицомъ публичнаго права, мы должны ближайшимъ образомъ опредѣлить, что значитъ быть лицомъ, т.е. правоспособнымъ субъектомъ.

Право, въ субъективномъ смыслѣ слова, т.е. право лица, есть закрѣпленная за нимъ обязанность другого лица. Право, въ объективномъ смыслѣ слова, закрѣпляетъ за лицомъ чужую обязанность, признавая эту обязанность "правовымъ благомъ" управомоченнаго субъекта. Это закрѣпленіе совершается тѣмъ, что за волей управомоченнаго признается правовая способность *требовать* осуществленія обязаннымъ своей обязанности. Признавая государство правовымъ субъектомъ, мы желаемъ этимъ сказать:- 1) что наши публично-правовыя обязанности закрѣплены за государствомъ; 2) что право требовать исполненія нами нашихъ обязанностей принадлежитъ государству; *государственная власть есть воля государства.*

Тотъ фактъ, что наши обязанности, закрѣплены за государствомъ, врядъ ли нуждается въ серьезныхъ доказательствахъ. Нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, думать, что публ.-прав. отношенія сводятся къ отношеніямъ между гражданами и органами государственной власти; что мы платимъ не государству, а сборщику Х; что мы отбываемъ воинскую повинность не государству, а воинскому начальнику.

Но, если, въ дѣйствительности, наши обязанности составляютъ "правовое благо" государства, то значитъ, воля, осуществляющая это благо, равнымъ образомъ, принадлежитъ государству.

Закрѣпляя чьи либо обязанности за общеніемъ, государство должно *создать* правовую волю общенія. Конечно, волевая потенція живетъ въ индивидѣ, и только въ немъ; но у права имѣются различныя средства для того, чтобы создать изъ воли отдѣльныхъ индивидовъ отличную отъ нихъ волю общенія. Оно можетъ, очистивъ индивидуальную волю отъ эгоистическихъ мотивовъ, поставить, такимъ образомъ, индивида на службу чужому интересу, сдѣлать его органомъ чужой для него воли. Связывая волю одного индивида съ волей другихъ, создавая искусственный компромиссъ между ними, оно можетъ изъ многихъ слагаемыхъ индивидуальныхъ воль создать одну новую равнодѣйствующую волю, которая, не будучи ничьей индивидуальной волей, именно потому является волей самого общенія.

Процессъ образованія изъ многихъ индивидуальныхъ воль одной коллективной происходитъ въ большомъ масштабѣ и, вслѣдствіе этого, съ большею ясностью въ государствѣ. Исторія развитія государственныхъ учрежденій есть ни что иное, какъ исторія постепеннаго усовершенствованія этого процесса.

Въ частности, конституціонный строй является ничѣмъ инымъ, какъ искуснымъ и чрезвычайно сложнымъ аппаратомъ для извлеченія, путемъ перегонки, дистилляціи и вытяжекъ, изъ многихъ индивидуальныхъ воль одной и единой государственной воли. Только съ разсматриваемой точки зрѣнія можно осмыслить и понять основные институты современнаго государственнаго строя: - власть монарха, поставленную выше человѣческихъ интересовъ и страстей, - монарха, которому дано больше, чѣмъ онъ можетъ желать, для того, чтобы онъ ничего не желалъ для себя; народное представительство - это огромный котелъ, въ которомъ необработанная руда эгоистическихъ индивидуальныхъ воль переплавляется въ благородный металлъ народной, т.е. государственной воли; двухпалатную систему, - воплощенную идею компромисса; парламентаризмъ, - подчиняющій личную волю министровъ безличной волѣ большинства; всеобщее избирательное право, парализующее вліяніе классоваго эгоизма на государственную власть и т.д. и т.д.

Признавая государство правовымъ субъектомъ, мы тѣмъ самымъ признаемъ, что право, посредствомъ созданія самостоятельной государственной воли, закрѣпляетъ за государствомъ публично-правныя обязанности гражданъ.

Только съ точки зрѣнія изложенной теоріи, возможно безъ самопротиворѣчій и фикцій конструировать публичное право, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ отношеніе гражданъ къ государству, какъ таковому; возможно конструировать международное право, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ отношенія государствъ, какъ субъектовъ международнаго права, другъ къ другу.

ОБЪЕДИНЕННАЯ БИБЛИОТЕКА И. К. П.